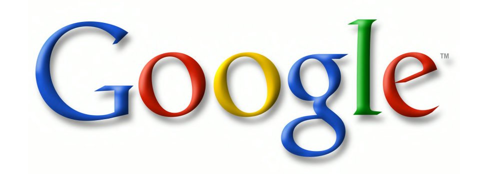
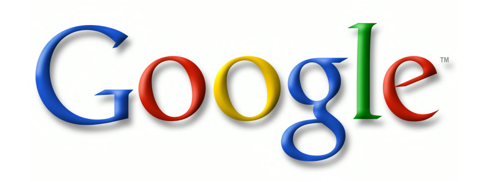
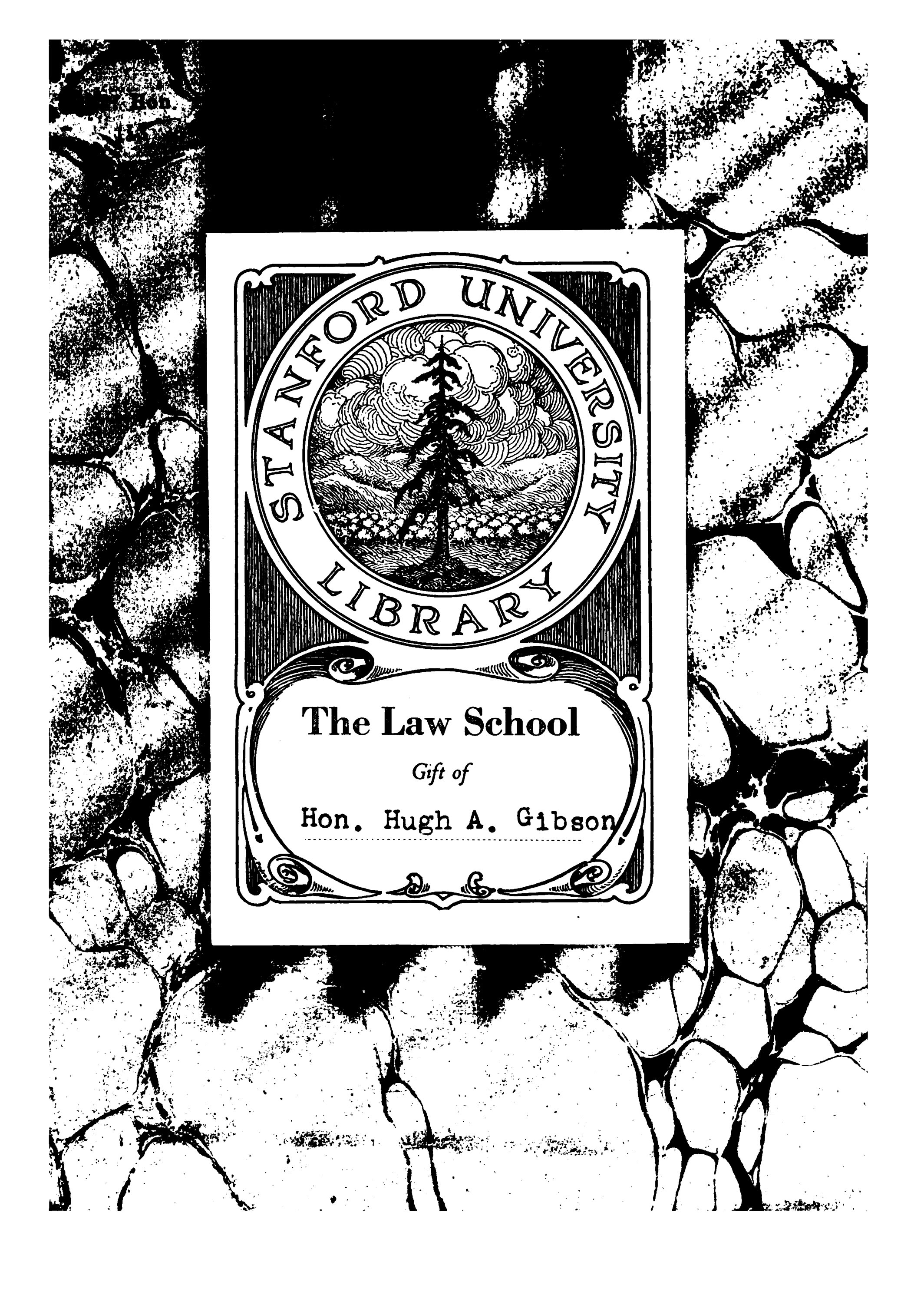
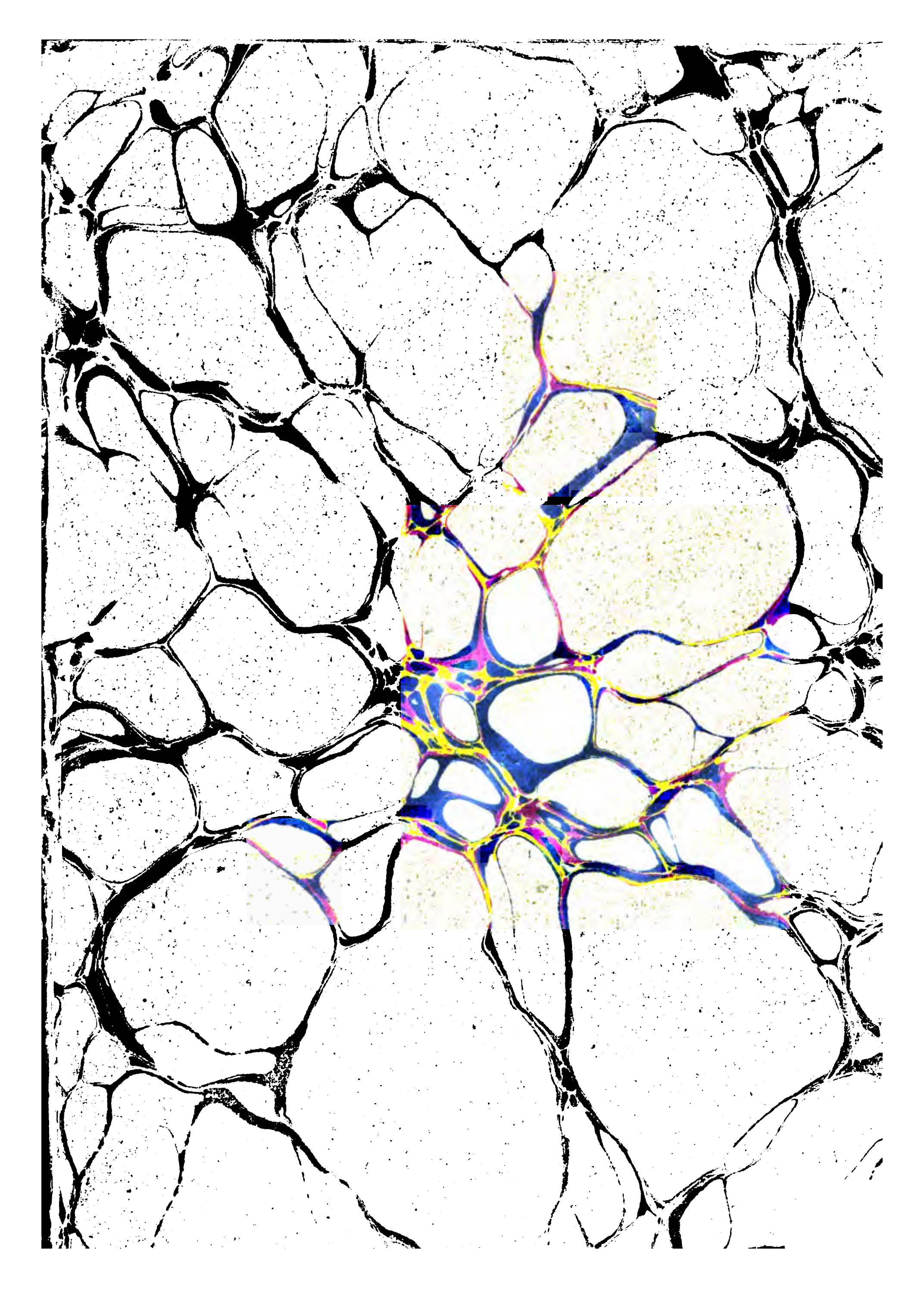

Google




STANFORD UNIVERSITY
LIBRARY
The Law School
Gift of
Hon. Hugh A. Gibson



JTI
LFM
VF

MANUEL ÉLÉMENTAIRE

DE

DROIT CIVIL

DU MÊME AUTEUR

Manuel élémentaire de droit administratif, *suivi d'un résumé en tableaux synoptiques et d'un recueil méthodique des principales questions d'examen*. 6e édition, 1904, Arthur Rousseau, éditeur . . . . 6 fr.

Manuel élémentaire de droit constitutionnel, *suivi d'un résumé en tableaux synoptiques et d'un recueil méthodique des principales questions d'examen*. 4e édition, 1906, Arthur Rousseau, éditeur.. . . . . . . 6 fr.

Manuel élémentaire d'économie politique, *suivi d'un résumé en tableaux synoptiques et d'un recueil méthodique des principales questions d'examen*. 2e édition, 1903, Arthur Rousseau, éditeur . . . . 6 fr.

Manuel élémentaire d'Histoire du droit français, *suivi d'un résumé en tableaux synoptiques et d'un recueil des principales questions d'examen*, Arthur Rousseau, éditeur, 2e édition. . . . . 6 fr.

Manuel élémentaire de droit civil, *suivi d'un résumé en tableaux synoptiques et d'un recueil méthodique des principales questions d'examens* 3 vol. in-18, Arthur Rousseau, éditeur . . . . 18 fr.
Chaque volume se vend séparément. . . . . 6 fr.

Manuel élémentaire de droit international public, *suivi d'un résumé en tableaux synoptiques et d'un recueil méthodique des principales questions d'examen*. 5e édition, 1905, Arthur Rousseau, éditeur. . . . 6 fr.

Manuel élémentaire de procédure civile,*suivi d'un résumé en tableaux synoptiques et d'un recueil méthodique des principales questions d'examen et des sujets de compositions écrites de droit civil et de droit commercial*, 2e édition, 1906, Arthur Rousseau, éditeur. . . . . 6 fr.

DU MÊME AUTEUR

En collaboration avec M. Boitel, *directeur de l'Ecole Turgot*

Synthèse de droit, *ouvrage indispensable aux étudiants en droit des trois années de licence*, 1901, Charles Delagrave, éditeur, 1 vol. cartonné, 3 fr. 50

Notions de droit commercial, *ouvrage indispensable aux étudiants en droit de troisième année*. 1903, Charles Delagrave, éditeur, 1 vol. cartonné . . . . 2 fr.

MANUEL ÉLÉMENTAIRE

DE

DROIT CIVIL

conforme au programme en vigueur

suivi d'un

RÉSUMÉ EN TABLEAUX SYNOPTIQUES

et d'un

RECUEIL DES PRINCIPALES QUESTIONS D'EXAMEN

Par

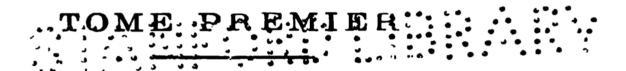
RENÉ FOIGNET

Docteur en Droit

DEUXIÈME ÉDITION

revue et complètement refondue

TOME PREMIER



PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU

ÉDITEUR

14, rue Soufflot et rue Toullier, 13

1906

MANUEL ÉLÉMENTAIRE

DE

DROIT CIVIL

INTRODUCTION

Première acception du mot droit. — Dans une première acception le mot droit peut être défini : l'ensemble des règles de conduite auxquelles l'homme vivant en société peut être contraint de se conformer même par l'emploi de la force publique.

Le droit positif et le droit naturel. — Le droit positif est le droit qui est en vigueur à un moment donné sur le territoire d'un Etat.

La notion du droit naturel est plus délicate à donner.

D'après les uns, le droit naturel serait le droit idéal, celui qui est le plus conforme aux idées de justice, et dont le législateur doit s'efforcer de se rapprocher le plus possible dans la confection des lois (1).

D'après d'autres auteurs, le droit naturel ne serait autre chose qu'un petit nombre de principes immuables et absolus auxquels le droit positif ne doit pas porter atteinte : tels sont, notamment, la

(1) Dans ce sens Oudot, *Premiers essais de philosophie du droit*, p. 67 ; Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, 4e édition, p. 3 ; Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, p. 1.

personnalité de l'homme, l'organisation de la famille, le droit de propriété, le respect des contrats, etc.

Cette dernière opinion est la plus en faveur en ce moment (1).

Rapports de la morale avec le droit. — Il ne faut pas confondre le droit avec la morale. Il en diffère aux points de vue suivants :

1° Le domaine du droit est moins étendu que celui de la morale.

En effet, la morale détermine nos devoirs envers Dieu, envers nous-mêmes et envers nos semblables. Le droit, au contraire, s'occupe exclusivement de nos devoirs envers nos semblables ;

2° Les règles de la morale sont plus larges et plus étendues que celles du droit.

La morale nous commande non seulement de ne pas faire le mal à notre prochain, mais encore de lui faire du bien.

Le droit nous commande seulement de ne lui causer aucun préjudice.

La morale dit : « Faites à autrui ce que vous voudriez que l'on fît à vous-même. » Le droit se borne à dire : « Ne faites pas à autrui ce que vous ne voudriez pas que l'on fît à vous-même » ;

3° Les règles de la morale échappent à toute sanction extérieure ; c'est-à-dire qu'on ne peut en assurer l'observation par l'emploi de moyens coercitifs.

Au contraire, les règles du droit sont soumises à une sanction extérieure qui en assure le respect.

Exemple : si le riche manque au devoir de charité que la morale lui commande à l'égard du pauvre, il ne peut être contraint à l'observer.

Supposons, au contraire, qu'un débiteur refuse de s'acquitter envers son créancier. Celui-ci pourra le traduire devant les tribunaux et le faire condamner à lui payer la somme qui lui est due.

Divisions du droit. — Le droit se divise en droit public et en droit privé, en droit interne et en droit international, en droit écrit et droit non écrit ou coutumier.

Droit public. — Le droit public comprend : le droit constitutionnel, le droit administratif et le droit criminel.

Le *droit constitutionnel* est cette branche du droit public qui détermine la forme de l'Etat, ses organes supérieurs et l'étendue de leurs pouvoirs à l'égard des simples particuliers.

(1) Dans ce sens, Beudant, *Cours de droit civil français*, I, p. 12 et suiv. ; Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, I, nos 4 et 5.

Le *droit administratif* est cette branche du droit public qui détermine le fonctionnement des organes inférieurs de l'Etat et règle leurs rapports avec les individus.

Le *droit criminel* s'occupe de déterminer les infractions à la loi qui méritent d'être punies au nom de l'intérêt général et d'indiquer les peines applicables à chacune d'elles.

Droit privé. — Le droit privé comprend : le droit civil, le droit commercial et le droit industriel.

Le *droit civil* a pour objet l'ensemble des rapports des particuliers entre eux ; il règle l'état des personnes, leur capacité, l'organisation de la famille, le régime des biens et le régime des contrats ; il forme le droit commun.

Le droit commercial et le droit industriel sont, au contraire, un droit exceptionnel et spécial.

Le *droit commercial* s'occupe des rapports particuliers auxquels donnent lieu les opérations commerciales ; il a notamment pour objet : les effets de commerce (lettres de change, billets à ordre, etc.), le commerce maritime, la faillite et la liquidation judiciaire.

Le *droit industriel* détermine les relations juridiques que le louage de services établit entre patrons et ouvriers, et réglemente les conditions du travail dans les ateliers et manufactures.

Droit interne. — Le droit interne est celui qui est établi par chaque Etat et qui s'applique dans les limites de ses frontières à tous les habitants de son territoire. Les classifications précédentes ne sont que des subdivisions du droit interne.

Droit international. — Au droit interne on oppose le droit international qui comprend deux branches distinctes : le droit international public et le droit international privé.

Le *droit international public*, appelé aussi droit des gens, *jus inter gentes*, a pour but de déterminer les règles qui président aux relations des Etats entre eux, soit en temps de paix, soit en temps de guerre.

Le *droit international privé* a pour objet de régler : la condition des étrangers et le conflit des lois, c'est-à-dire de déterminer la loi applicable aux actes juridiques passés par les sujets d'un Etat, soit avec les sujets d'un autre Etat, soit sur le territoire d'un autre Etat.

Droit écrit et droit non écrit ou coutumier. — Les expressions « droit écrit et droit non écrit » sont employées au point de vue juridique, dans un sens différent de leur sens étymologique. Droit écrit ne veut pas dire droit constaté par l'écriture, et droit non écrit celui que l'écriture n'a pas consacré.

Le droit écrit s'entend de celui qui a été décrété et promulgué par l'autorité publique ayant qualité pour faire les lois.

Le droit non écrit ou coutumier s'entend de celui qui s'est établi peu à peu par l'usage et qui tire sa force obligatoire du consentement général des individus. Il conserve ce nom, même lorsqu'il est consigné par écrit dans des recueils spéciaux (1).

Dans les législations primitives le droit coutumier occupe la première place. A fur et à mesure que la civilisation progresse il perd du terrain, et le droit écrit finit par l'emporter. Il en est ainsi de nos jours en France. La place laissée aux coutumes dans le droit privé est très restreinte. On peut en citer trois principales applications :

1° En ce qui concerne la propriété rurale, notamment pour régler les rapports entre propriétaires voisins, la loi renvoie aux usages locaux (art. 590, 645, 663, 671, 674, C. civ.) ;

2° Il en est de même en matière de contrats ; la loi renvoie aux usages pour interpréter ou compléter la volonté des parties (art. 1135, 1159, 1160, 1648, 1736, C. civ.) ;

3° Enfin, en matière commerciale, les usages sont encore en vigueur sur bien des points.

Sources historiques du droit français. — Le droit français est le produit combiné de plusieurs législations : du droit romain, du droit coutumier, du droit canonique. du droit de la monarchie absolue et du droit révolutionnaire ou intermédiaire.

Le *droit romain* a été pratiqué dans les provinces du Midi de la France jusqu'en 1789. Il a fait également sentir son influence dans le Nord comme raison écrite, lorsque les coutumes étaient muettes. C'est au droit romain que les rédacteurs du Code civil ont emprunté la plupart des règles de la théorie des contrats et obligations.

Le *droit coutumier*, issu en grande partie du droit germanique, a été en vigueur dans les provinces du Nord ; il a surtout réagi sur notre droit actuel, pour le règlement des rapports pécuniaires des époux et pour l'organisation municipale.

Le *droit canonique* a été la législation de l'Eglise catholique.

(1) L'expression « droit écrit » donnée à la loi émanant de l'autorité publique compétente vient de ce que, dans les temps anciens, notamment à Rome, la loi votée et promulguée était seule constatée par l'écriture ; on l'affichait au Forum sur des tables de marbre ou de bronze, tandis que la coutume était consacrée et perpétuée par la mémoire des hommes. Dans ce sens Beudant, *op. cit.*, p. 28 ; Planiol, *op. cit.*, n° 10.

Il a formé, dans notre ancien droit, un premier élément d'unité législative pour les matières qu'il régissait, comme le mariage, la légitimation, le prêt à intérêt le contrat de rente, etc.

Le *droit de la monarchie absolue* s'est affirmé par les grandes ordonnances de Louis XIV, de Louis XV et de Louis XVI, véritables Codes, précurseurs et modèles des Codes actuels, en France et à l'étranger.

Enfin, le *droit révolutionnaire ou intermédiaire* a fondé la société moderne en proclamant les principes de liberté et d'égalité méconnus jusqu'alors. Tous ces élements ont concouru à former la législation qui nous régit actuellement. Au point de vue du droit privé, ils se sont fondus en un tout harmonique, dans le Code civil de 1804, qui a été une œuvre d'*unité*, de *conciliation* et de *transaction*.

Sources actuelles du droit civil français. — Les sources actuelles du droit civil en France sont :

Le Code civil ;

Les lois postérieures qui l'ont modifié ou complété.

Le Code civil. — *Sa composition*. — Le Code civil contient l'ensemble des règles du droit civil ; il a été promulgué en 1804, sous le Consulat ; il comprend 2281 articles et est divisé de la façon suivante :

Titre préliminaire : de la publication, des effets et de l'application des lois en général ;

Livre I : des personnes ;

Livre II : des biens et des différentes modifications de la propriété ;

Livre III : des différentes manières dont on acquiert la propiété.

*** *Histoire de sa rédaction* (1). — Dès les premiers jours de la Révolution le besoin d'établir un ensemble de lois communes à toutes les parties de la France se fit sentir : aussi l'Assemblée constituante avait consacré un article de la Constitution de 1791 à ordonner la confection d'un code de lois civiles. Mais il ne fut rien fait dans ce sens sous l'Assemblée législative.

La Convention reprit cette idée. mais elle rejeta successivement deux projets élaborés par un de ses membres, Cambacérès.

Sous le Directoire, un troisième projet fut présenté par Cam-

(1) Nous signalons aux étudiants l'importance des matières par des astérisques ; l'importance respective des matières signalées varie suivant que nous employons un, deux ou trois astérisques.

bacérès au Conseil des Cinq-Cents, mais les événements politiques l'empêchèrent encore d'aboutir. Un autre projet, préparé par Jacqueminot, ne fut même pas discuté.

Le Consulat devait être plus heureux. Par un arrêté des Consuls du 24 thermidor an VIII une commission fut nommée pour rédiger un projet de Code civil. Elle était composée de Tronchet, Portalis, Bigot-Préameneu et Maleville. Le projet, arrêté au bout de quatre mois fut soumis à l'appréciation du tribunal de cassation et des tribunaux d'appel. Il fut ensuite transmis avec leurs observations au Conseil d'État.

Là, chacun des titres du projet fut examiné et discuté, d'abord par la section de législation, puis par l'assemblée générale, présidée par le Premier Consul ou par Cambacérès. Les titres définitivement adoptés dans l'assemblée générale, étaient déposés, comme projets de loi, devant le Corps législatif. Trois orateurs étaient désignés par le Conseil d'Etat, dans son sein, pour y exposer et y défendre son projet.

Le Corps législatif communiquait officiellement le projet de loi au Tribunat. Celui-ci discutait ce projet sans pouvoir l'amender ; puis il chargeait trois orateurs, pris parmi ses membres, d'aller soutenir ces résolutions, contradictoirement avec les membres du Conseil d'Etat, devant le Corps législatif.

La dernière phase de la procédure se déroulait devant le Corps législatif. Les orateurs du Conseil d'Etat et les orateurs du Tribunat développaient successivement leurs arguments pour l'adoption ou pour le rejet de la loi proposée. Après quoi, le Corps législatif, sans pouvoir discuter et sans pouvoir amender, votait ou rejetait en bloc le projet.

Le premier projet fut rejeté par le Corps législatif, en conformité des conclusions des orateurs du Tribunat : et le Tribunat avait pris ses dispositions pour faire également échec à celui qui allait être présenté. Le gouvernement, blessé de cette résistance intolérable, retira tous ses projets de Code civil, et le travail fut ajourné.

Cependant, on se remit à l'œuvre vers la fin de l'an X. Dans l'intervalle, le Tribunat avait été amputé de la moitié de ses membres trop indépendants (S. L. C. du 16 thermidor an X). De plus, on imagina une heureuse modification à la procédure précédemment suivie. Dès que chaque projet eut été rédigé par le Conseil d'Etat, il fut communiqué *officieusement* au Tribunat pour recevoir ses observations ; une entente préalable se produi-

sait entre les deux assemblées, en sorte que la communication officielle qui avait lieu ensuite n'était plus qu'une pure formalité ; il en était de même de la discussion contradictoire devant le Corps législatif, puisque l'accord avait été fait entre le Tribunat et le Conseil d'Etat.

Grâce à cet habile expédient, le travail de rédaction suivit rapidement son cours, et dans l'espace de deux années, trente-six lois furent successivement votées et promulguées. Il suffisait de les réunir en un seul corps de lois, sous le titre de *Code civil des Français*, avec des divisions en livres, en titres, en chapitres et avec une seule série de numéros. Ce fut l'objet de la loi du 30 ventôse an XII (21 mars 1804).

Ses diverses éditions. — La première édition officielle du Code civil, nous venons de le dire, date du 21 mars 1804, et avait pour titre : Code civil des Français.

La loi du 3 septembre 1807 ordonna une seconde édition sous le nom de *Code Napoléon*.

La Charte de 1814 rétablit le nom de Code civil dans son article 68.

Une ordonnance de 1816 prescrivit une troisième et dernière édition du Code, C'est ce qui explique que le texte officiel fait encore allusion aux institutions de la monarchie ; on y voit figurer les mots : « roi, royaume, résidence royale, etc. » (Voir l'art. 1er par exemple).

Le décret du 27 mars 1852 restitua au Code le titre de *Code Napoléon*. Ce texte n'a pas été abrogé ; cependant, en pratique, depuis la chute du second empire, ce Code s'appelle comme auparavant Code civil.

Projet de revision du Code civil. — Le centenaire du Code civil a été célébré en grande pompe à Paris, au mois d'octobre 1904. A cette occasion, le ministre de la justice, M. Vallé, a nommé une grande commission extraparlementaire composée de professeurs, de magistrats, d'hommes de lettres en vue de préparer une revision du Code civil. Les travaux de cette commission ont commencé aussitôt, mais on ne peut prévoir l'époque à laquelle ils aboutiront.

(1) Ce Centenaire a donné lieu à toute une littérature très intéressante, entr'autres, deux volumes in 8° intitulés « *Le livre du Centenaire* », composés d'articles de jurisconsultes de tous les pays (A. Rousseau, éditeur) et une brochure très originale et très documentée de Me Sabatier, le grand avocat à la Cour de cassation.

Bibliographie du Code civil. — Les travaux préparatoires du Code civil sont contenus dans deux ouvrages principaux :

1° Celui de Fenet, en 15 volumes, publié en 1827 et en 1828, où l'on trouve : le texte du projet, les observations des tribunaux, les discussions du Conseil d'Etat et du Tribunat, enfin, les exposés des motifs, les rapports et les discours, tels qu'ils ont été prononcés au Corps législatif et au Tribunat.

2° Celui de Locré intitulé : « Législation civile, criminelle et commerciale » en 31 volumes, publiés de 1827 à 1832 ; les 16 premiers volumes, consacrés au Code civil, reproduisent les mêmes documents que l'ouvrage de Fenet, moins les observations des tribunaux.

Les autres Codes français. — Les autres Codes français sont :

1° Le Code de procédure civile, promulgué en 1806 pour entrer en vigueur, à partir du 1er janvier 1807 :

2° Le Code de commerce, promulgué en 1807, pour recevoir son application à partir du 1er janvier 1808 ;

3° Le Code d'instruction criminelle, promulgué en 1808 ; et le Code pénal en 1810, pour être exécutoires l'un et l'autre dès le 1er janvier 1811 ;

4° Le Code forestier promulgué en 1827.

Les lois postérieures au Code civil. — De nombreuses lois ont été rendues depuis 1804, soit pour modifier, soit pour compléter le Code civil. Les unes ont été incorporées aux lieu et place des articles qu'elles ont eu pour but d'abroger ; d'autres, au contraire, sont restées en dehors du Code civil et sont publiées dans les recueils de textes, à la suite du Code sous la rubrique de lois complémentaires.

Il est impossible de donner une énumération complète des unes ni des autres ; qu'il nous suffise, pour le moment, d'indiquer les principales d'entre elles :

La loi du 21 avril 1810 sur le régime des mines ;

La loi du 30 juin 1838 sur les aliénés ;

La loi du 29 avril 1845 sur les irrigations et les servitudes qui s'y rattachent ;

La loi du 31 mai 1854 abolissant la mort civile ;

La célèbre loi du 23 mars 1855 sur la transcription en matière hypothécaire ;

La loi du 27 février 1880 sur l'aliénation des valeurs mobilières appartenant aux mineurs ;

La loi du 27 juillet 1884 rétablissant le divorce aboli en 1816 ;

La loi du 26 juin 1889 sur la nationalité ;

La loi du 24 juillet 1889 sur la déchéance de la puissance paternelle ;

La loi du 9 mars 1891 sur les droits successoraux du conjoint survivant.

La loi du 6 février 1893, sur le régime de la séparation de corps ;

La loi du 8 juin 1893 relative à certains actes de l'état civil ;

La loi du 25 mars 1896 sur les droits successoraux des enfants naturels ;

La loi du 7 décembre 1897 accordant aux femmes le droit d'être témoins ;

Enfin la loi du 8 avril 1898 sur le régime des eaux.

Jurisprudence et doctrine. - *Définition.* — On entend par jurisprudence l'interprétation de la loi qui se dégage des décisions des tribunaux et avant tout des arrêts de la Cour de cassation. On l'oppose à la doctrine, qui est l'interprétation donnée à la loi par les auteurs dans leurs ouvrages. La jurisprudence représente en quelque sorte la pratique, et la doctrine la théorie.

Importance de la jurisprudence. — En droit, les tribunaux n'ont pas aujourd'hui, comme le préteur à Rome et comme les parlements dans notre ancien droit, le pouvoir d'édicter des mesures générales et permanentes qui s'imposent à tout le monde. La mission d'un tribunal se borne à appliquer la loi à chaque espèce qui lui est soumise ; l'interprétation qu'il donne dans un procès n'est obligatoire que pour les parties en cause et pour la chose qui fait l'objet du litige ; elle ne s'impose pas dans un autre procès même identique, ni à ce tribunal, ni aux tribunaux inférieurs. Mais en fait, la force du précédent est telle que les tribunaux ont une tendance naturelle à se conformer pour la solution des questions controversées aux décisions antérieurement rendues, dans des circonstances analogues par d'autres tribunaux du même degré ou de degré supérieur ; et ainsi, sur la plupart des points importants de la législation civile un système finit par s'imposer et par prévaloir.

Œuvre de la jurisprudence. — L'œuvre de la jurisprudence est double.

1° Elle donne de la loi l'interprétation qui doit être observée dans la pratique, mais souvent au lieu d'appliquer la loi il lui arrive souvent de la tourner. Exemple : en ce qui concerne l'inaliénabilité de la dot mobilière ;

2° Elle comble les lacunes de la loi pour toutes les matières qu'elle n'a pas réglées. Il en a été ainsi notamment, pour le contrat d'assurances terrestres qui n'est réglementé par aucune loi.

Recueils de jurisprudence. — Il existe trois principaux recueils de jurisprudence :

1° Le Sirey ; recueil fondé par J. B. Sirey et continué par Devilleneuve et Carette, contient la jurisprudence depuis 1791 ;

2° Le Journal du Palais qui a été fusionné avec le Sirey en 1865, mais qui continue à paraître sous ce nom, d'une façon distincte ;

3° Le Dalloz, recueil fondé par Dénevers et continué par Dalloz.

Tous ces recueils sont publiés en cahiers mensuels destinés à être réunis en un volume chaque année.

Ouvrages de doctrine. — Les principaux ouvrages de doctrine relatifs au Code civil sont les suivants :

Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, ouvrage en 31 volumes, continué par M. Guillouard, professeur à la Faculté de Caen.

Aubry et Rau, *Cours de droit civil*, en 8 volumes.

Laurent, professeur à Gand, *Principes de droit civil français*, en 31 volumes.

Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique de droit civil*, en 9 volumes, présentant un commentaire de chaque article du Code. Cet ouvrage commencé par Demante a été continué et terminé, à partir de l'article 980, par M. Colmet de Santerre.

Huc Théophile, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, en 12 volumes.

Beudant Charles, *Cours de droit civil français*, publié par son fils, en cours de publication, doit avoir 8 volumes.

Traité théorique et pratique de droit civil, publié sous la direction de M. Baudry-Lacantinerie, par un groupe de professeurs.

Enfin, citons comme ouvrages élémentaires destinés aux étudiants en droit :

Vigié, *Cours élémentaire de droit civil français*, 3 volumes.

Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, 3 volumes.

Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 3 volumes.

Législations étrangères. — *Allemagne.* — L'Allemagne a été dotée tout récemment d'un Code civil qui est considéré comme un modèle du genre ; il a été publié en 1896 pour entrer en vigueur à partir du 1er janvier 1900.

C'est une œuvre scientifique, qui est le produit direct de l'enseignement des universités.

Le Code civil allemand est divisé en cinq livres :

Livre Ier. Partie générale, consacré à des dispositions générales qui dominent toutes les matières du droit.

Livre II. Droit des obligations.

Livre III. Des droits réels.

Livre IV. Des droits de famille.

Livre V. Des successions.

Belgique. — La Belgique est encore régie actuellement par le Code civil français ; un projet de Code, qui est à l'étude depuis 1882, n'a pu encore aboutir.

Espagne. — L'Espagne est en possession d'un Code civil, qui a été rédigé en 1889. Mais l'unité législative n'en est pas résultée, puisque les coutumes locales ou *fueros* ont été maintenues partout où elles existaient.

Grande-Bretagne. — Pas d'unité législative dans tout le royaume-uni, et peu de lois promulguées, tels sont les deux caractères essentiels du droit de la Grande-Bretagne. Le droit coutumier l'emporte sur le droit écrit, et les coutumes varient d'un royaume à l'autre et dans les différentes colonies.

L'ensemble du droit coutumier anglais est connu sous le nom de *Common law* ; il est très confus.

Italie. — L'unité législative a suivi de près en Italie l'unité politique. Le Code civil Italien, inspiré de notre Code, a été promulgué en 1865 pour entrer en vigueur à partir du 1er janvier 1866.

Hollande. — La Hollande a un Code, le Code civil néerlandais ; entrepris en 1814, il a été terminé en 1837 et mis en vigueur le 1er octobre 1838.

Suisse. — En raison de sa constitution politique, la Suisse ne jouit pas de l'unité législative ; chaque canton a ses lois particulières. Cependant, une tendance vers l'unité de la législation civile s'est affirmée depuis que la constitution de 1874 a autorisé la diète fédérale à faire des lois obligatoires pour tous les cantons. Plusieurs lois de ce genre ont été promulguées depuis cette époque ; la plus considérable est celle du 14 juin 1881, en vigueur à partir du 1er janvier 1883, qui est connue sous le nom de Code fédéral des obligations.

Autre acception du mot droit. — Dans tous les développements qui précèdent, nous avons envisagé le droit comme la règle

obligatoire pour l'homme vivant en société ; c'est le *point de vue objectif* du droit.

Au point de vue subjectif, le droit s'entend d'une faculté reconnue et sanctionnée par la loi.

A cet égard, on distingue trois sortes de droits : les droits publics, les droits politiques et les droits civils.

Les *droits publics* comprennent les différentes libertés que l'Etat assure à toute personne comme condition indispensable de son existence au sein de la société. Telles sont : la liberté individuelle, la liberté de conscience, etc.

Les *droits politiques* consistent dans la participation accordée à certaines personnes dans le fonctionnement des pouvoirs, soit politiques, soit administratifs ; tels sont : l'électorat et l'éligibilité aux Chambres.

Enfin, les *droits civils* sont les facultés exercées par l'individu dans les rapports que crée l'existence privée ; tels sont : le droit de propriété, le droit de créance, les droits de famille, etc.

Plan général de l'ouvrage. — Ce premier volume de notre ouvrage de droit civil sera divisé en quatre parties :

La première partie comprendra l'exposé de théories générales qui dominent tout le droit civil.

La deuxième partie aura pour objet l'organisation de la famille.

La troisième partie concernera la protection des incapables.

La quatrième partie sera consacrée aux biens.

PREMIÈRE PARTIE

EXPOSÉ DES THÉORIES GÉNÉRALES

Division de la première partie. — La première partie comprendra trois grandes sections :

Ire section : Théorie des lois ;

IIe section : Théorie de la personnalité juridique ;

IIIe section : Théorie de l'acte juridique.

Ire SECTION. — THÉORIE GÉNÉRALE DES LOIS

Objet de la section. — Sa subdivision. — L'objet de cette première section est de fournir l'explication du titre préliminaire du Code civil (art. 1 à 6).

Elle sera divisée en quatre chapitres de la façon suivante :

Chapitre Ier. Notions préliminaires, définitions et classifications.

Chapitre II. Des différentes phases de l'existence des lois.

Chapitre III. De l'étendue de l'application des lois au point de vue du temps.

Chapitre IV. De l'étendue de l'application des lois au point de vue du territoire.

CHAPITRE Ier. — NOTIONS PRÉLIMINAIRES. — DÉFINITIONS ET CLASSIFICATIONS.

Division. — Ce chapitre comprendra trois paragraphes :

§ 1. Définition et caractères des lois.
§ 2. Classification des lois.
§ 3. Des actes d'autorité voisins mais différents des lois.

§ 1. — Définition et caractères des lois.

Définition. — La loi est tout acte émanant du pouvoir législatif, qui édicte une mesure générale et permanente.

Caractères distinctifs. — De cette définition il résulte qu'un acte de l'autorité publique n'est une loi qu'à deux conditions :

1° *Il faut qu'il émane du pouvoir législatif.* Sous l'empire de la constitution actuelle. la mission de faire les lois est confiée au Sénat et à la Chambre des députés.

2° *Il faut qu'il édicte une mesure générale et permanente* (1) destinée à être appliquée à un nombre indéterminé d'actes ou d'individus.

Ainsi, lorsque les Chambres législatives autorisent la ville de Paris à faire un emprunt, accordent des funérailles nationales à un Président décédé, réduisent à un an le stage imposé par la loi du 26 juin 1889 pour l'éligibilité aux Chambres d'un étranger naturalisé, etc., elles ne font pas des lois ; ce sont là des actes d'administration accomplis en forme de lois.

Des décrets-lois. — Par dérogation à ce que nous avons dit plus haut, certains actes édictant des mesures générales et permanentes ont le caractère de lois, bien qu'ils émanent du pouvoir exécutif et non du pouvoir législatif, on les appelle des *décret lois* : *décrets*, par la forme dans laquelle ils sont rendus : *lois*, par le fond, en raison de l'importance des mesures édictées, qui nécessiteraient l'intervention du législateur.

On en trouve aux époques de transition, au moment des changements de régime ; le gouvernement provisoire exerce concurremment le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif. Il en a été ainsi, de février à mai 1848, du 2 décembre 1851 au 29 mars 1852 et sous le gouvernement de la défense nationale en 1870.

Actuellement encore, le pouvoir exécutif a le droit de légiférer en matière coloniale. Cette faculté est limitée à certains points déterminés pour nos vieilles colonies de la Martinique, de la Gua-

(1) Nous disons *permanente* et non *perpétuelle*. En effet, une loi peut être faite pour un temps déterminé, un an, deux ans, etc., sans perdre son caractère de loi ; parce que, pendant sa durée, ses dispositions s'appliqueront à un nombre d'actes ou d'individus indéterminé.

deloupe et de la Réunion ; elle est au contraire générale pour les autres colonies (art. 6 et 18 du Sénatus-consule du 3 mai 1854).

§ 2. — Classification des lois.

Différents points de vue. — On peut classer les lois en se plaçant à trois points de vue différents :

de leur importance ;

de leur objet ;

et de leur sanction.

1re Classification. — *Au point de vue de leur importance.* — On peut classer les lois, sous ce premier rapport, en trois catégories: les lois constitutionnelles, les lois organiques et les lois ordinaires.

Les *lois constitutionnelles* sont celles qui déterminent la forme du gouvernement et l'étendue de ses pouvoirs.

Elles offrent une double particularité :

1° Elles émanent d'une assemblée constituante, composée des membres des deux Chambres réunies en Congrès à Versailles ;

2° Elles ne peuvent être revisées qu'après un vote préalable des deux Chambres ayant adopté séparément le principe même de la revision (1).

Les *lois ordinaires* sont celles qui sont votées et qui peuvent être revisées par les assemblées législatives délibérant d'une façon distincte et séparée.

Les *lois organiques* ne diffèrent en rien des lois ordinaires au point de vue de leur confection. On donne ce nom aux lois, soit lorsqu'elles contiennent les règles de constitution et de fonctionnement d'un organe de l'Etat, soit lorsqu'elles réglementent une matière dans son ensemble.

Ainsi on dit : la loi organique du Conseil d'Etat en parlant de la loi du 24 mai 1872, la loi électorale organique, etc.

2e Classification. — *Au point de vue de leur force obligatoire.* — A ce second point de vue, les lois peuvent être divisées en deux catégories : les lois impératives et les lois permissives, supplétives ou interprétatives.

Par *lois impératives*, nous entendons celles qui ont pour objet de poser une règle à laquelle les particuliers ne peuvent pas se soustraire par une convention contraire, parce qu'elle repose sur l'ordre public ou sur les bonnes mœurs (art. 6, C. civ.).

(1) Voir à cet égard notre *Manuel de droit constitutionnel*, p. 6 et 136.

Il en est ainsi des dispositions du Code civil qui déterminent les conditions requises pour pouvoir se marier, qui organisent la protection des incapables, qui prescrivent des solennités pour certains actes, etc.

Par *lois permissives*, *supplétives* ou *interprétatives*, on entend celles qui ont pour objet de régler les conséquences juridiques des conventions à défaut de volonté formellement exprimée par les parties. Les parties peuvent donc écarter l'application des règles établies par les lois ayant ce caractère Il en est ainsi de la plupart des dispositions du Code relatives à la matière des contrats et obligations.

3e Classification. — *Au point de vue de leur sanction.* — Au point de vue de leur sanction, les lois peuvent être rangées en trois catégories. d'après la terminologie des jurisconsultes Romains : les *leges perfectæ*, les *leges minus quam perfectæ*, et *legs imperfectæ*.

Une *lex perfecta* est celle qui a pour sanction la nullité des actes accomplis contrairement à ses prescriptions.

Exemple : l'article 144, qui défend le mariage avant un certain âge, a pour sanction la nullité du mariage entaché d'impuberté.

Une *lex minus quam perfecta* est celle qui a pour sanction, non la nullité de l'acte accompli en contravention de la loi, mais une peine pécuniaire à la charge du contrevenant.

Exemple : les articles 63 et suivants qui prescrivent les publications de mariage, les articles 156 et 157 qui ordonnent la confection des actes respectueux n'ont pour sanction qu'une amende.

Enfin, une *lex imperfecta* est celle dont l'observation n'est assurée par une sanction d'aucune sorte.

Exemples : l'article 171 du Code civil qui ordonne la transcription en France d'un mariage célébré par des Français à l'étranger, dans les trois mois de leur retour en France ; l'article 298 qui prohibe le mariage de l'époux coupable avec son complice dans le cas de divorce prononcé pour cause d'adultère, etc.

§ 3. — Des actes d'autorité voisins mais différents des lois.

Les actes réglementaires de l'autorité administrative. — Certains actes accomplis par l'autorité administrative ressemblent à la loi, sans cependant se confondre avec elle. Ce sont les actes réglementaires.

On entend par là les actes par lesquels l'autorité administrative

ordonne des mesures générales et permanentes, à une collectivité d'individus.

Les actes réglementaires ressemblent à la loi en ce que, comme elle, ils édictent des mesures devant s'appliquer à un nombre indéterminé d'actes ou de personnes.

Mais ils en diffèrent à plusieurs points de vue :

a) La loi émane du pouvoir législatif ; l'acte réglementaire, du pouvoir exécutif ;

b) Une loi a pour objet de modifier une loi antérieure, tandis qu'un acte réglementaire ne peut se mettre en contradiction avec une loi ; son but est simplement d'édicter les mesures de détail nécessaires à l'application de la loi.

c) Les tribunaux judiciaires peuvent se refuser à appliquer un acte réglementaire entaché d'illégalité (art. 471, § 15, C. proc.) ; au contraire, une loi, même inconstitutionnelle, doit être observée par les tribunaux.

Des autorités administratives investies du pouvoir réglementaire. – Le pouvoir réglementaire appartient : au Président de la République pour tout le pays ; au Préfet, pour le département, et au maire, pour la commune.

Les ministres n'ont pas le pouvoir réglementaire.

Des actes réglementaires du Président de la République. — Les actes réglementaires du Président sont de deux sortes : les décrets portant règlement d'administration publique et les décrets réglementaires proprement dits.

Les décrets portant règlement d'administration publique sont ceux que le Président de la République rend en exécution d'une disposition spéciale de loi.

Les décrets réglementaires proprement dits sont ceux que le Président de la République rend, de son propre mouvement et sans y être invité par un article spécial de loi, en vertu du pouvoir qui lui est conféré par la Constitution d'assurer l'exécution des lois (art. 3, loi du 25 février 1875).

Les règlements d'administration publique nécessitent l'avis préalable du Conseil d'Etat ; cet avis n'est pas obligatoire pour les décrets réglementaires proprement dits.

En outre, d'après la jurisprudence, les règlements d'administration publique (1) seraient des actes de législation secondaire,

(1) A la différence des décrets réglementaires proprement dits qui ne sont que des actes administratifs généraux.

faits par le Président de la République, en vertu d'une délégation spéciale du pouvoir législatif.

Il en résulterait :

1° Que le règlement d'administration publique échapperait, comme la loi, à tout recours contentieux devant un tribunal administratif.

2° Que, par règlement d'administration publique, le Président de la République pourrait édicter des mesures pour lesquelles une loi est nécessaire, par exemple établir des taxes ou des peines.

Cette manière de voir est très combattue aujourd'hui par les auteurs. Nous nous bornons à indiquer ici la question, qui rentre dans le cadre du droit public (1).

CHAPITRE II. — DES DIFFÉRENTES PHASES DE L'EXISTENCE DES LOIS.

Division. — On peut distinguer quatre phases différentes dans l'existence de la loi :

Sa confection ;

Sa promulgation et sa publication ;

Son application et son interprétation ;

Son abrogation.

Nous consacrerons un paragraphe spécial à chacune de ces questions.

§ 1. — Confection des lois.

Simple indication. — Renvoi au droit constitutionnel. — La confection des lois est une question qui rentre dans le cadre du droit constitutionnel. Aussi nous nous bornerons sur ce point aux indications indispensables.

L'initiative d'une loi peut être prise, soit par le Président de la République, soit par un membre du Sénat ou de la Chambre des Députés. Dans le premier cas, il y a projet de loi ; dans le second cas, il y a proposition de loi.

Le projet ou la proposition de loi est d'abord étudié en commission, puis discuté en séance publique. Une fois voté par la première assemblée saisie, il est transmis à l'autre assemblée, qui l'examine dans les mêmes conditions. Si cette dernière adopte le

(1) Consulter à ce sujet notre *Manuel de droit administratif*, p. 43.

texte de loi sans y rien changer, la loi est parfaite ; sinon, il faut revenir devant la première assemblée, et ainsi de suite, jusqu'à ce qu'un texte uniforme ait été adopté par les deux Chambres.

§ 2. — Promulgation et publication des lois.

Différences entre la promulgation et la publication des lois. — Dès qu'une loi a été votée par les deux Chambres, elle est parfaite ; mais elle n'est encore, ni exécutoire, ni obligatoire.

La loi n'est exécutoire, c'est-à-dire susceptible d'être exécutée, qu'une fois qu'elle a été promulguée ; et elle n'est obligatoire, c'est-à-dire qu'elle doit être exécutée et appliquée, qu'une fois qu'elle a été publiée.

Il ne faut donc pas confondre (1) la promulgation et la publication de la loi.

La promulgation des lois est l'acte par lequel le Président de la République atteste au pays qu'une loi a été votée par les deux Chambres et donne l'ordre qu'elle soit exécutée.

La publication est le moyen employé pour porter à la connaissance des citoyens le vote et la promulgation des lois.

De la promulgation des lois. — *Sa formule.* — La promulgation consiste dans un décret du Président de la République, ainsi libellé (Décret du 6 avril 1876) :

« Le Sénat et la Chambre des députés ont adopté, le Président de la République promulgue la loi dont la teneur suit : »

Et après le texte de la loi :

« La présente loi, délibérée et adoptée par le Sénat et par la Chambre des députés, sera exécutée comme loi de l'Etat.

Fait à . . . . . le . . . . . »

Son caractère obligatoire, son délai. — Le pouvoir exécutif n'a pas, sous la Constitution de 1875, comme sous certaines constitutions monarchiques, le droit de *sanction*, c'est-à-dire la faculté de refuser de mettre en vigueur une loi votée par le Parlement.

Le Président de la République est obligé de promulguer la loi dans le mois qui suit le dernier vote ou dans les trois jours, quand

1. L'opinion que nous exposons au texte est l'opinion qui est enseignée par la grande majorité des auteurs. Elle est cependant combattue par M. Planiol (*op. cit.*, n° 157). D'après le savant professeur, promulguer est synonyme de publier ; promulgation est seulement un terme plus pompeux dont on se sert pour les lois. (Voir dans le sens du texte, Esmein, *Éléments de droit constitutionnel*, p. 503.)

il y a eu déclaration spéciale d'urgence dans l'une et l'autre Chambre, au sujet de la promulgation (L. C. du 16 juillet 1875, art. 16).

Tout ce que le Président de la République peut faire, c'est demander aux deux Chambres, dans le délai fixé pour la promulgation, une nouvelle délibération qui ne peut être refusée (art. 16, § 2).

De la publication des lois. — En droit français, la publication des lois résulte de l'expiration d'un certain délai; passé ce délai, la loi est présumée connue de tout le monde et en conséquence, elle est obligatoire pour tous. C'est une publication purement fictive ; la loi n'a pas recours à une publication réelle et effective consistant, par exemple, dans l'affichage ou dans la lecture publique des lois dans chaque commune (1).

Quel est ce délai, quel en est le point de départ et quelle en est la durée ? Il faut distinguer trois périodes : le Code civil ; l'ordonnance du 27 novembre 1816 et le décret du 5 novembre 1870.

Système du Code civil. — D'après l'article 1er du Code civil, la loi était obligatoire à Paris un jour franc après celui de la promulgation, et dans les départements, après l'expiration du même délai, augmenté d'autant de jours qu'il y avait de fois dix myriamètres entre Paris et le chef-lieu de chaque département.

Un délai franc est celui dans lequel on ne compte ni le premier, ni le dernier jour du délai, ni le *dies a quo* ni le *dies ad quem*. En sorte qu'une loi promulguée le 1er février était obligatoire à Paris le 3 février.

Un arrêté du 25 thermidor an XI avait déterminé les distances entre Paris et les chefs-lieux de tous les départements.

Ce système est très logique. D'après la constitution du 22 frimaire an VIII, qui était à ce moment en vigueur, le chef de l'Etat était obligé de promulguer la loi le dixième jour après le vote du Corps législatif. Dès lors, quand une loi avait été votée par le corps législatif, les journaux portaient ce vote à la connaissance du public ; on savait que cette loi serait promulguée dix jours après, on pouvait calculer aisément à partir de quel moment elle serait obligatoire.

Système de l'ordonnance de 1816. — Ce procédé de publication devint inapplicable sous la Restauration ; grâce au droit de sanc-

(1) Cependant, le gouvernement peut toujours ordonner aux préfets, aux sous-préfets ou aux maires de faire afficher une loi dans l'étendue de leur circonscription.

tion dont il était investi, le Roi pouvait promulguer la loi, s'il le voulait et quand il le voulait. Ignorant désormais le jour de la promulgation le public ne pouvait plus calculer le délai après lequel la loi était obligatoire.

Aussi l'ordonnance du 27 novembre 1816 décida que la promulgation des lois résulterait désormais de leur insertion au bulletin officiel et à l'avenir, le point de départ du délai de publication fut le jour où le numéro du bulletin qui contient la loi a été reçu de l'Imprimerie nationale par le ministre de la justice qui doit constater le jour de la réception sur un registre spécial. Depuis 1818, ce jour est indiqué à l'avance sur le numéro du Bulletin des lois.

Système du décret du 5 novembre 1870. — L'article 1er de ce décret porte que « dorénavant la promulgation des lois et décrets résultera de leur insertion au Journal officiel de la République française, lequel à cet égard remplacera le Bulletin des lois » (1).

Mais ce décret ajoute que « le Bulletin des lois continuera à être publié et l'insertion qui y sera faite des actes non insérés au Journal officiel en opèrera promulgation ».

Système actuel. — Il suit de là qu'à l'heure actuelle, le gouvernement peut à son gré : publier la loi au Journal officiel ou au Bulletin des lois (2). Lorsque la loi est insérée au Journal officiel, elle est obligatoire : à Paris, un jour franc après le jour de son insertion au Journal officiel ; et partout ailleurs, dans l'étendue de chaque arrondissement, un jour franc après que le Journal officiel qui la contient sera parvenu au chef-lieu de l'arrondissement (art. 2 du décret de 1870) (3).

Lorsque la loi est insérée au Bulletin des lois, c'est toujours l'article 1er du Code civil, modifié par l'ordonnance de 1816 qui s'applique. Donc, la loi sera obligatoire à Paris un jour franc après

(1) On a critiqué avec raison la formule employée par l'ordonnance de 1816 et par le décret de 1870 disant que la promulgation de la loi résulte de son insertion au *Bulletin des lois* ou au *Journal officiel*. Cela est inexact ; la promulgation résulte du décret signé par le chef de l'Etat ; l'insertion de la loi au *Bulletin des lois* ou au *Journal officiel* est un premier acte de publication de la loi (Baudry-Lacantinerie, I, n° 38).

(2) En fait le *Bulletin des lois* contient sans aucune exception toutes les lois et tous les décrets, même ceux qui ont été au préalable insérés au *Journal officiel*, en sorte que c'est le *Recueil officiel* le plus complet qui existe.

(3) Le décret de 1870 a donc substitué l'arrondissement au département comme unité territoriale pour la publication des lois.

celui de la réception au Bulletin des lois de l'imprimerie nationale au ministère de la justice ; et dans les départements, après le même délai augmenté d'autant de jours qu'il y a de fois dix myriamètres de distance, entre Paris et le chef-lieu du département.

Le même procédé de publication s'applique aux décrets.

Application d'une loi reportée à une date ultérieure. — Nous venons de dire que la loi était obligatoire à partir de sa publication. Cependant il est loisible au législateur d'ajourner à une date ultérieure le moment de sa mise en vigueur.

Ainsi, pour ne citer que deux exemples : la loi du 23 mars 1855 sur la transcription n'a été exécutoire qu'à partir du 1er janvier 1856 (art. 10).

La loi du 15 février 1902, relative à la protection de la santé publique, porte, dans son article 36, qu'elle ne sera exécutoire qu'un an après sa promulgation.

Date exacte des lois. — On désigne, en pratique, les lois par la date de leur promulgation.

Cette solution a été critiquée par un auteur (1). D'après lui, la date exacte de la loi serait celle du dernier vote par la Chambre saisie en dernier lieu ; car c'est à ce moment que la loi est parfaite. La promulgation et la publication n'y ajoutent rien. La critique ne nous paraît pas fondée. La promulgation de la loi ajoute quelque chose d'essentiel à la confection de la loi ; elle exprime la renonciation du Président de la République au droit de réclamer des Chambres une nouvelle délibération, et par là elle rend leur vote définitif. C'est pourquoi la date de la promulgation doit être indiquée comme la date véritable de la loi (2).

§ 3. — De l'application et de l'interprétation des lois.

Application des lois. — L'application des lois est assurée à la fois par le pouvoir exécutif et par le pouvoir judiciaire.

Rôle du pouvoir exécutif. — A cet égard, le rôle du pouvoir exécutif est double.

D'une part, il fait des règlements, ainsi que nous l'avons vu plus haut (3), pour déterminer les détails d'exécution des lois.

(1) Ducrocq, *Cours de droit administratif*, I, n° 20.

(2) Dans ce sens Batbie, *Précis de droit administratif*, p. 41, note 2 ; Beudant, *op. cit.*, n° 102 et suiv.

(3) Voir *suprà*, p. 17.

D'autre part, il intervient par ses agents pour prêter main forte aux décisions de justice.

Rôle du pouvoir judiciaire. — Les tribunaux judiciaires ont pour mission essentielle d'appliquer la loi, soit en cas de contestation, soit en cas de violation. Dans l'exercice de leurs fonctions les juges sont soumis à deux règles fondamentales, établies par les articles 4 et 5 du Code civil.

1° « Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises » (art. 5). Cela veut dire que le juge ne doit pas empiéter sur les attributions du législateur, comme le faisaient nos anciens parlements par leurs arrêts de règlements. Ils doivent se borner à rendre des jugements sur les espèces qui leur sont soumises, jugements qui ne sont obligatoires que pour les parties en cause, sans chercher à poser des règles pour l'application de la loi sur telle matière déterminée dans l'avenir (1).

2° Le juge ne peut pas se refuser de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi (art. 4).

Lorsqu'une loi existe pour les cas dont il est saisi, et que son texte est clair, le juge doit l'appliquer sans avoir à examiner si elle est équitable ou non.

Lorsqu'une loi existe et qu'elle est obscure, il doit l'interpréter.

Lorsque la loi est muette sur la question qui fait l'objet du litige, le juge doit la résoudre, soit à l'aide de la tradition historique, s'il en existe une à ce sujet, soit par voie d'analogie avec les solutions données par la loi dans des cas semblables, soit en s'inspirant des principes généraux du droit et à l'aide des lumières de la raison et de l'équité.

La loi a donné à cette règle une double sanction : une sanction civile, des dommages-intérêts au profit de la victime du déni de justice ; et une sanction pénale (amende de 200 à 500 francs et interdiction de fonctions publiques, de 5 à 20 ans (art. 185, C. P.).

Interprétation de la loi. — Interpréter la loi, c'est en donner le sens et en déterminer la portée. On distingue : l'interprétation doctrinale, l'interprétation judiciaire et l'interprétation législative.

Interprétation doctrinale. — L'interprétation doctrinale est celle qui est proposée par les auteurs dans leurs ouvrages ou qui résulte de l'enseignement donné à l'Ecole. Elle n'a d'autre autorité

(1) Voir *suprà* ce que nous avons dit de la jurisprudence, p. 9.

que celle qui s'attache au talent, à la science juridique ou à la réputation de celui qui l'a émise.

Interprétation judiciaire. — L'interprétation judiciaire est celle qui résulte des décisions judiciaires. Elle forme la jurisprudence. Nous avons donné plus haut, à cet égard, des détails suffisants pour n'avoir pas à y revenir ici de nouveau (1).

Interprétation législative. — L'interprétation législative est celle qui est obligatoire pour tous, au même degré que la loi qu'elle a pour but d'expliquer.

En vertu de la règle *ejus est interpretari cujus est condere*, c'est au pouvoir législatif seul qu'il appartient de donner des lois une interprétation qui s'imposera à tous d'une façon impérative.

Pouvoir d'interprétation du Conseil d'Etat jusqu'en 1828. — Cependant, sous l'empire de la constitution du 22 frimaire an VIII, le pouvoir d'interpréter la loi législativement appartenait au Conseil d'État (arrêté du 5 nivôse an VIII et loi du 16 septembre 1807). Ce pouvoir lui a été enlevé par la loi du 30 juillet 1828. Dès lors, tous les avis interprétatifs rendus par le Conseil d'Etat, dans cette période, ont encore aujourd'hui force de loi.

Autorité des arrêts de la Cour de Cassation rendus toutes chambres réunies. — Il convient enfin de noter l'autorité particulière qui s'attache aux arrêts rendus par la Cour de Cassation toutes chambres réunies.

Supposons qu'un arrêt de Cour d'appel soit l'objet d'un pourvoi en cassation et que la Cour de Cassation, estimant qu'il a mal interprété la loi, casse la décision attaquée et renvoie l'affaire devant une autre Cour d'appel. Celle-ci n'est pas liée par l opinion émise par la Cour suprême ; elle peut donc se prononcer dans le même sens que la première Cour. Un nouveau pourvoi pourra être interjeté. Cette fois, l'affaire sera portée devant la Cour de Cassation siégeant en audience solennelle, toutes chambres réunies. Si la Cour maintient sa manière de voir, elle cassera le second arrêt attaqué, comme elle l'avait fait du premier, et renverra les parties devant une troisième Cour d'appel. Cette Cour est tenue de se conformer à la solution rendue par la Cour suprême. Cette règle a été posée par la loi du 1er avril 1837, article 1er ; elle est contraire au principe que les juges n'ont aucune injonction à recevoir dans l'exercice de leurs fonctions ; mais elle se justifie par la nécessité de mettre un terme aux procès (2).

(1) Voir *suprà*, p. 22.
(2) Consulter à cet égard notre *Manuel de procédure civile*, p. 323 et suiv.

§ 4. — De l'abrogation des lois.

Définition. — Abroger une loi, c'est enlever à une loi son caractère obligatoire, soit qu'on la supprime purement et simplement, soit qu'on la remplace par une disposition nouvelle et contraire.

Par qui une loi peut être abrogée. — Une loi ne peut être abrogée que par l'autorité qui a qualité pour la faire : donc, par le pouvoir constituant, s'il s'agit d'une loi constitutionnelle ; par le pouvoir législatif, s'il s'agit d'une loi ordinaire. Le pouvoir législatif ne pourrait pas abroger une loi constitutionnelle ; de même le pouvoir exécutif ne pourrait pas, par un décret, abroger une loi ordinaire (1).

Forme de l'abrogation. — L'abrogation peut être expresse ou tacite.

Elle est expresse, lorsqu'elle résulte du texte formel de la loi nouvelle, qui déclare que telle loi antérieure est abrogée. L'exemple le plus fameux d'une semblable abrogation résulte de la loi du 30 ventôse an XII établissant le Code civil. Son article 7 et dernier abroge les lois romaines, les ordonnances, coutumes, etc., qui étaient alors en vigueur (2).

Elle est tacite, lorsqu'elle résulte de la contrariété des dispositions de la loi nouvelle avec les dispositions d'une loi antérieure. Ces dernières cessent de plein droit de s'appliquer, sans que le législateur ait besoin de le déclarer (3).

La désuétude n'est pas suffisante. Tant qu'une loi n'a pas été abrogée, soit expressément, soit tacitement, elle conserve sa force obligatoire, quand même, en fait, on aurait cessé de l'appliquer depuis longtemps ; les lois ne disparaissent pas par l'effet de la désuétude.

L'opinion contraire présenterait un double inconvénient : d'une part, il y aurait incertitude sur le moment précis où la désuétude

(1) On admet, au contraire, qu'une loi constitutionnelle pourrait abroger une loi ordinaire ; une loi ordinaire, un décret du pouvoir exécutif.

(2) Planiol, *op. cit.*, n° 207.

(3) Il est cependant de règle qu'une loi spéciale ne peut pas être abrogée tacitement par une loi générale. *Lege speciali per generalem non derogatur*. Nous verrons plus tard que la loi du 23 mai 1855 qui a prescrit la formalité de la transcription des actes translatifs de propriété immobiliere n'a pas abrogé sur ce point la loi du 3 mai 1841 sur l'expropriation pour cause d'utilité publique ; la loi de 1855 est en effet une loi générale, et celle de 1841 une loi spéciale. Voir sur cette question notre *Manuel de droit administratif*, p. 347, note 1.

serait assez grande pour équivaloir à une abrogation ; d'autre part, le pouvoir judiciaire et le pouvoir exécutif auraient un moyen indirect d'abroger la loi et ainsi d'empiéter sur l'exercice du pouvoir législatif, ce serait de ne pas appliquer les lois qui ne leur conviendraient pas et de les faire tomber dans l'oubli.

CHAPITRE III. — DE L'ÉTENDUE DE L'APPLICATION DES LOIS AU POINT DE VUE DU TEMPS. — PRINCIPE DE LA NON-RÉTROACTIVITÉ DES LOIS.

Enoncé du principe de la non-rétroactivité des lois. — L'article 2 du Code civil pose un principe essentiel au point de vue de l'application des lois : « La loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif. »

Il en résulte que les actes accomplis avant la mise en vigueur de la loi nouvelle doivent être régis par la loi ancienne ; la loi nouvelle ne peut s'appliquer qu'aux faits postérieurs à sa publication.

Sa raison d'être. — Cette règle est indispensable pour la sauvegarde des droits individuels. Il n'y aurait plus aucune sécurité dans les transactions, si les actes régulièrement passés sous l'empire d'une loi pouvaient être infirmés par l'effet d'une loi nouvelle. La liberté civile serait compromise, si les droits, la condition personnelle des individus, la validité et les effets de leurs contrats étaient à la merci d'un changement de législation.

Caractère du principe. — La règle posée par l'article 2 est une règle qui s'adresse au juge et qu'il doit observer lorsqu'il applique une loi nouvelle. Ce n'est pas un principe d'ordre constitutionnel qui s'impose au législateur. Ce dernier peut, sans outrepasser ses pouvoirs, ordonner que les dispositions d'une loi nouvelle seront rétroactives (1). Mais il doit user de ce pouvoir avec une extrême réserve, en raison de la perturbation qui résulte toujours d'une semblable mesure.

Comme exemple fameux de loi rétroactive, on peut citer la loi du 17 nivôse an II organisant les règles successorales d'après le principe de l'égalité la plus absolue ; elle fut déclarée applicable

(1) Il n'en a pas toujours été ainsi. La Constitution de 1791 interdisait au législateur de faire des lois rétroactives en matière pénale ; la Constitution du 5 fructidor an III étendit la règle aux lois civiles. Mais la Constitution de l'an VIII et celles qui l'ont suivie n'ont pas reproduit une semblable défense ; en sorte qu'on peut dire que le principe de la non-rétroactivité a perdu son caractère constitutionnel à partir de l'an VIII.

aux successions ouvertes depuis le 14 juillet 1789, c'est-à-dire cinq ans auparavant, même à celles qui avaient été liquidées et partagées et dont il fallut recommencer les opérations.

Difficulté d'application du principe. — Distinction des droits acquis et des simples expectatives. — Le principe de la non-rétroactivité des lois, simple en apparence, soulève en pratique les plus grandes difficultés d'application.

La solution est facile lorsqu'un acte a produit tous ses effets avant la mise en vigueur d'une loi nouvelle ; ou lorsqu'il est passé seulement après le moment où la loi nouvelle est devenue obligatoire. Mais il arrive souvent qu'un acte est accompli sous l'empire d'une loi, et qu'il produit ses conséquences, alors que la législation a été modifiée. Quelle loi régira les conséquences de cet acte ? La loi ancienne ou la loi nouvelle ?

Parfois le législateur résout lui-même la difficulté en édictant des *mesures transitoires* (1).

Lorsqu'il ne l'a pas fait, il faut observer la distinction traditionnelle des droits acquis et des simples expectatives (2).

L'application de la loi nouvelle doit être écartée toutes les fois qu'elle serait de nature à porter atteinte à des droits acquis ; elle doit être admise, au contraire, lorsqu'elle supprime de simples espérances et de simples expectatives.

Des principaux cas d'application du principe. — Pour déterminer les conséquences du principe de la non-rétroactivité des lois, nous allons passer en revue les différentes sortes de lois pour lesquelles la question peut se poser.

1° Lois interprétatives. — Les lois interprétatives s'appliquent même aux actes accomplis antérieurement ; elles font corps avec la loi dont elles donnent la véritable portée (3).

(1) Ainsi appelées parce qu'elles marquent la transition de la loi ancienne à la loi nouvelle. Citons comme exemples l'article 691, l'article 2281 du Code civil et l'article 11 de la loi du 23 mars 1855.

(2) Cette distinction a été critiquée par M. de Vareilles-Sommières qui fait observer qu'on n'a jamais pu donner une définition satisfaisante du droit acquis et des simples expectatives (*Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1893, p. 444 à 468, 492 à 519). Cette opinion est suivie par M. Planiol dans son ouvrage, nos 221 et suivants. Mais, en somme, il arrive aux mêmes solutions que celles qu adoptent les partisans de la vieille théorie. Dans cet ouvrage élémentaire, nous préférons nous en tenir à l'exposé de l'opinion commune malgré le bien fondé des objections qu'elle a soulevées.

(3) On peut citer comme fois interprétatives : la loi du 4 septembre 1807 qui a interprété l'article 148 du Code civil sur l'inscription des hypothè-

2° **Lois de droit public.** — Les lois constitutionnelles et les lois organiques qui déterminent les pouvoirs publics et qui règlent les conditions d'aptitude à l'exercice des droits politiques reçoivent une application immédiate. Il en est de même des lois d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure. Ces lois rentrent en vigueur même à l'égard des instances engagées sous l'empire de la loi antérieure, pourvu qu'il n'y ait pas eu encore de jugement définitif. En pareille matière nul ne peut prétendre être en possession d'un droit acquis (1).

3° **Lois concernant les actes juridiques**. — En ce qui concerne les conditions de validité, les règles de forme (2) et les modes de preuve des actes juridiques, on doit appliquer la loi en vigueur au moment où l'acte a été accompli. Les parties ont un véritable droit acquis à ce qu'il en soit ainsi.

Prenons deux exemples : 1° La loi du 12 janvier 1886 a déclaré libre, en matière commerciale, le taux de l'intérêt conventionnel, qui jusque-là ne devait pas dépasser 6 0/0. Si un prêt avait été consenti antérieurement, moyennant un intérêt supérieur à 6 0/0, il n'aurait pas été validé par l'effet de la loi nouvelle.

2° Avant la loi du 28 mars 1885 le spéculateur qui avait perdu dans un marché à terme pouvait refuser le paiement de la différence dont il était redevable en se retranchant derrière l'exception de jeu. Cette loi a eu pour but d'enlever cette ressource au joueur malheureux. Il n'est pas douteux que cette exception ait continué à pouvoir être invoquée par ceux qui avaient passé un semblable marché avant la mise en vigueur de cette loi.

4° **Lois concernant l'état des personnes.** — On entend par état d'une personne la situation que cette personne occupe dans l'Etat, dans la cité ou dans la famille, état de français ou d'étranger, d'homme marié ou de célibataire, d'enfant légitime ou d'enfant naturel, etc.

ques, et la loi du 21 juin 1843 interprétant la loi du 25 ventôse an XI sur la forme des actes notariés.

(1) C'est ainsi que la loi du 18 mars 1899 sur la procédure de revision des procès criminels qui dessaisit la Chambre criminelle de la Cour de cassation en faveur des Chambres réunies, toutes les fois que la Chambre criminelle a procédé à une enquête sur l'affaire, a été appliquée à l'affaire Dreyfus qui était alors en cours.

(2) Ainsi un testament fait d'après les formes prescrites par la loi en vigueur au moment de sa confection resterait valable quand même, avant le décès du testateur, une loi nouvelle aurait prescrit des règles plus rigoureuses.

L'état des personnes est le résultat de certains actes juridiques : mariage, naturalisation, reconnaissance d'enfant naturel, légitimation adoption, etc. Les conditions de validité de ces actes doivent être appréciées. conformément aux règles indiquées précédemment pour les actes juridiques d'après la législation en vigueur au moment où ils ont été passés.

Ainsi, une loi nouvelle qui modifierait les règles de forme ou de fond du mariage, les conditions de la naturalisation ou de l'adoption, ne pourrait en aucune façon préjudicier aux mariages, aux naturalisations et aux adoptions qui auraient eu lieu antérieurement.

Mais les avantages légaux que la loi attache à l'état des personnes ne sont que de simples expectatives que la loi nouvelle peut faire disparaître pour l avenir.

Ainsi, en 1816 le divorce a été aboli en France ; les personnes qui avaient divorcé antérieurement ont conservé le bénéfice du divorce obtenu ; mais les personnes mariées sous l'empire du Code civil qui admettait le divorce, n'ont plus eu la faculté de s'en prévaloir dans l avenir. A l'inverse, en 1884. le divorce est rétabli ; les personnes mariées sous le régime de la loi proclamant l'indissolubilité du lien conjugal, ont pu bénéficier de la loi nouvelle.

Il faudrait appliquer une solution identique en ce qui concerne les lois qui accordent à certaines personnes un droit de puissance à l'égard de certaines autres, ou des pouvoirs d'administration sur leurs biens. Ainsi une loi nouvelle qui supprimerait ou qui modifierait le droit de jouissance légale, ou le pouvoir d'administration légale du père sur les biens de ses enfants mineurs, s'appliquerait immédiatement, même à ceux qui auraient acquis la puissance paternelle sous l'empire de l'ancienne législation.

5° **Lois concernant la capacité des personnes.** — La capacité est l'aptitude pour une personne de faire valablement un acte juridique. D'après le Code civil, les personnes sont majeures à 21 ans ; au contraire, d'après la Coutume de Normandie la majorité était fixée à 20 ans. Les actes accomplis par les personnes domiciliées en Normandie avant le Code civil. entre 20 ans et 21 ans, sont demeurés valables, il y avait droit acquis ; mais à l avenir leur capacité a été retardée jusqu'à 21 ans ; parce qu'on ne peut soutenir qu'on a un droit acquis à ne pas être protégé par la loi au titre d'incapable.

6° **Lois concernant les biens.** — Des distinctions doivent être faites :

a) *Lois concernant le régime de la propriété*.— Les lois concernant le régime de la propriété doivent recevoir leur application immédiate. Il peut en résulter des froissements d'intérêts considérables ; mais il n'y a pas là violation du principe de non-rétroactivité.

Déterminer une institution qui existe ce n'est pas faire une loi rétroactive. C'est ainsi que les lois révolutionnaires qui ont aboli la féodalité et qui ont déclaré rachetables certains droits qui ne l'étaient pas antérieurement ; celles qui ont supprimé d'anciennes servitudes foncières ; celles qui ont fait disparaître l'esclavage dans nos colonies sont entrées en vigueur immédiatement.

b) *Lois concernant le régime des successions*. — Deux cas peuvent se présenter :

La succession est déjà ouverte, lorsque la loi, qui modifie le régime successoral entre en vigueur. Dans ce cas, la succession doit être régie par la loi ancienne ; parce qu'il y a un droit acquis au profit des héritiers auxquels cette loi assurait la dévolution de la succession.

La succession n'était pas encore ouverte au moment où la loi successorale nouvelle est devenue obligatoire.

C'est cette dernière loi qui devra être appliquée. Les héritiers qui en souffriront ne peuvent s'en plaindre ; ils n'avaient encore que des espérances et non des droits acquis sur la succession (1).

c) *Lois concernant la prescription*. — Supposons une loi nouvelle qui supprime la prescription comme moyen d'acquérir, dans une matière déterminée, ou qui augmente le délai de la prescription. Cette loi ne s'applique pas aux prescriptions déjà accomplies, parce qu'il y a droit acquis ; mais elle s'appliquera aux prescriptions en cours et non encore achevées au moment de la loi nouvelle (2).

7° **Lois pénales.** — Le principe de non-rétroactivité des lois est affirmé par l'article 4 du Code pénal. Il produit en cette matière les deux conséquences suivantes :

(1) Cette question s'est posée récemment, au sujet de la loi du 9 mars 1891 sur les droits du conjoint survivant et de la loi du 25 mars 1896 sur les droits successoraux des enfants naturels.

(2) L'article 691 du Code civil a appliqué cette solution à la prescription des servitudes discontinues ou non apparentes. Elle supprime pour l'avenir ce mode de constitution ; mais elle respecte les servitudes déjà acquises. Dans l'article 2281, les rédacteurs du Code ont donné, en ce qui concerne la prescription acquisitive de la propriété et la prescription extinctive, une solution intermédiaire.

a) Nul ne peut être puni en vertu d'une loi nouvelle pour un fait qui n'était pas considéré comme une infraction au moment où il avait été accompli.

b) Lorsqu'une loi nouvelle aggrave la peine d'une infraction, elle n'est pas applicable aux faits accomplis avant sa mise en vigueur.

Par exception, la loi pénale rétroagit, lorsqu'elle édicte une peine plus douce que l'ancienne; solution équitable et rationnelle ; il serait injuste de maintenir pour un fait antérieur une peine que le législateur a jugée trop sévère.

CHAPITRE IV. — DE L'ÉTENDUE DE L'APPLICATION DES LOIS AU POINT DE VUE DU TERRITOIRE. — DU CONFLIT DES LOIS.

Position de la question. — La loi française est-elle obligatoire pour tous les habitants de notre territoire, sans distinction de nationalité ? D'autre part, continue-t-elle à régir les Français même résidant à l'étranger ? C'est la question du conflit des lois françaises et étrangères. Comme cette question est du domaine du droit international privé, nous nous bornerons à résumer ici les solutions qui résultent de la loi ou de l'interprétation donnée par la jurisprudence. Le texte fondamental de la matière est l'article 3 du Code civil.

1° Lois de police et de sûreté. — Les lois de police et de sûreté, et, en général, toutes les dispositions d'ordre public obligent tous ceux qui habitent le territoire, Français et Etrangers (art. 3, § 1, C. civ.).

Il convient cependant de faire une certaine distinction entre les dispositions d'ordre public. Les unes sont *d'ordre public absolu* et s'imposent aux étrangers comme à nos nationaux. Ce sont, par exemple : le principe de la monogamie dans le mariage, l'interdiction de la recherche de la paternité naturelle, etc.

D'autres, au contraire, sont *d'ordre public relatif*. Elles s'imposent aux nationaux et ceux-ci ne peuvent pas y porter atteinte par leurs conventions particulières ; mais elles ne concernent nullement les étrangers.

Il en est ainsi, par exemple, de toutes les règles relatives à la capacité des personnes, et à l'organisation de la famille, etc. Ces règles sont obligatoires pour les Français ; ils ne peuvent les écarter par des conventions particulières ; mais elles ne s'appliquent pas aux étrangers, ainsi que nous le dirons plus loin.

2° Lois concernant les biens considérés individuellement abstraction faite des personnes et des actes juridiques. — Il faut distinguer les immeubles et les meubles.

Immeubles. — Les immeubles, même ceux possédés en France par des étrangers, sont régis par la loi française (art 3, § 2).

Cette règle, que les rédacteurs du Code ont empruntée à notre ancien droit, est connue sous le nom de règle du statut réel.

Meubles. — Le Code est muet en ce qui concerne les meubles. La jurisprudence leur applique la distinction suivante : Aux meubles qu'un étranger possède en France, on applique la loi française, lorsqu'on les envisage en eux-mêmes, comme biens particuliers, *ut singuli*. Ainsi, on leur appliquera la règle de l'article 2279 du Code civil : « en fait de meubles possession vaut titre. »

Au contraire, aux meubles qui font partie d'une hérédité, on applique la loi du domicile du défunt, pour déterminer les règles de dévolution et de partage de la succession. C'était la solution de nos anciens auteurs, que le Code, par son silence, paraît avoir voulu consacrer.

3° Lois concernant l'état et la capacité des personnes. — Les lois qui concernent l'état et la capacité des personnes régissent les Français même résidant à l'étranger (l'art. 3, § 3). C'est ce qu'on appelle la règle du statut personnel (1).

Ainsi, deux Français se marient en Angleterre ; conformément à la loi française, ils devront obtenir le consentement de leurs parents, pour que leur mariage soit valable en France, bien que la loi anglaise n'exige pas cette condition.

En Espagne on n'est majeur qu'à 25 ans, tandis que la majorité est fixée à 21 ans en France. Un acte fait par un Français de 23 ans en Espagne sera considéré comme accompli par une personne capable.

Le Code est muet sur le point de savoir d'après quelle loi les étrangers sont régis en France, en ce qui concerne leur état et leur capacité. Mais les auteurs et la jurisprudence s'accordent pour leur appliquer leur loi personnelle (2). Exception cependant doit être faite, pour toutes les dispositions de ces lois qui pourraient blesser

(1) Sur ce point l'empire de la loi s'étend même au-delà du territoire ; solution rationnelle ; car, l'état et la capacité des individus ne peuvent pas se modifier avec les lois des différents pays où ils vont résider.

(2) Cette solution se justifie d'ailleurs au point de vue des textes, par un argument d'analogie tiré de l'article 3, § 3 et par un argument *a contrario* tiré des deux premiers alinéas du même article.

l'ordre public absolu, conformément à notre premier principe.

Ainsi, nous ne pourrions admettre qu'un Musulman pût se marier plusieurs fois en France.

4° **Lois concernant la forme extérieure des actes juridiques.** — La forme extérieure des actes juridiques est soumise à la loi du lieu où l'acte est passé : *Locus regit actum.*

Cette solution n'est pas formulée comme principe général dans un article du Code (1) ; mais le Code civil en a fait plusieurs applications : en ce qui concerne le mariage, dans l'article 170, et en ce qui concerne le testament, dans l'article 999.

Ainsi, un Français fait une donation à un autre Français à l'étranger ; si, dans le lieu où l'acte est passé, un écrit sous seing privé suffit pour réaliser une donation parfaite, l'acte sera valablement fait dans cette forme et nos tribunaux devront le considérer comme tel.

5° **Lois concernant les effets des actes juridiques.** — Les effets des actes juridiques sont régis par la loi que les parties avaient en vue en contractant ; c'est la règle de l'autonomie de la volonté, la convention fait la loi des parties (art 1134, C. civ.).

Lorsque les parties n'ont pas indiqué quelle loi elles entendaient suivre à cet égard, et si on ne peut rien induire, ni du contrat, ni des circonstances de fait qui l'ont entouré, il y a lieu de présumer leur volonté. Voici d'après quelle règle on peut établir cette présomption.

Lorsque les parties ont leur domicile dans le même Etat, on doit supposer qu'elles ont voulu suivre la loi de ce domicile.

Au contraire, lorsqu'elles sont domiciliées dans des pays différents on doit donner la préférence à la loi du lieu du contrat.

II° SECTION. — THÉORIE DE LA PERSONNALITÉ JURIDIQUE.

NOTIONS PRÉLIMINAIRES.

Définition. — On entend par personne, au point de vue juri-

(1) L'article 6 du projet qui formulait le principe d'une façon générale n'a pas été maintenu, parce que sa rédaction n'avait pas paru satisfaisante.

dique, tout être susceptible d'être titulaire de droits ou d'être tenu d'obligations.

Classification. — Il existe deux sortes de personnes : les personnes physiques et les personnes morales.

Les personnes physiques sont les êtres humains.

Les personnes morales sont des groupements d'êtres physiques auxquels la loi reconnaît tous les attributs de la personnalité humaine : par exemple, l'Etat, les communes, les sociétés commerciales, etc. Nous laisserons de côté, pour le moment, les personnes morales auxquelles nous consacrerons un chapitre de notre section.

Des personnes physiques. — *Conditions de la personnalité juridique*. — Tout être humain (1) est doué de la personnalité juridique, à deux conditions : 1° qu'il naisse vivant ; 2° qu'il naisse viable.

1° Qu'il naisse vivant. Un individu naît vivant lorsqu'il a respiré complètement, ne fut-ce qu'un instant, après sa venue au monde.

2° Qu'il naisse viable. Naître viable, c'est avoir les organes conformés de telle sorte que l'on puisse vivre.

L'individu mort-né ou né non viable est considéré comme n'ayant jamais existé.

La question de savoir si un individu est né vivant et viable présente souvent, au point de vue successoral, une importance considérable (2) ; en cas de contestation elle est tranchée par les tribunaux à la suite d'une expertise médico-légale.

Commencement de la personnalité juridique. — La personnalité juridique commence avec la naissance. Cependant, toutes les fois que l'intérêt de l'enfant l'exige, la loi fait remonter son existence juridique jusqu'au jour de sa conception. Cette solution était déjà admise en droit Romain d'après l'adage connu : *Infans conceptus jam pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur*.

Il en résulte que l'enfant conçu peut être bénéficiaire d'une succession *ab intestat* (art. 725), d'un legs ou d'une donation

(1) Il n'en a pas toujours été ainsi ; à Rome, les esclaves étaient non des personnes, mais des choses au point de vue juridique, objets et non sujets de droit.

(2) Supposons qu'un individu meurt laissant sa femme enceinte de son premier enfant ; l'enfant meurt peu après sa naissance. S'il est né vivant et viable, il aura pu recueillir la succession de son père et la transmettre à sa mère. Dans le cas contraire, la succession du père irait à ses parents légitimes. La mère n'aurait que les droits du conjoint survivant.

(art. 906) ; on en tire aussi des conséquences intéressantes au point de vue de la nationalité et de la reconnaissance des enfants naturels.

Fin de la personnalité juridique. — La personnalité juridique ne prend fin que par la mort. Tant que l'individu est vivant, rien ne peut le priver de ce bénéfice essentiel de l'existence.

Il n'en a pas toujours été ainsi. Sous l'empire du Code civil, toute personne qui était condamnée à une peine criminelle, afflictive et infamante perpétuelle, c'est-à-dire : à la mort, aux travaux forcés à perpétuité, ou à la déportation, encourait comme conséquence la mort civile. Elle était assimilée à une personne décédée réellement : sa succession s'ouvrait, et ses biens étaient répartis entre ses héritiers, son mariage était dissous ; il était privé de tous les droits politiques, et au point de vue civil, il n'avait plus ni droits de famille ni droits de patrimoine. Cependant, comme il fallait laisser au condamné, lorsqu'il avait été libéré, les moyens de gagner sa vie, on lui reconnaissait le droit de passer les contrats à titre onéreux ainsi que de faire un contrat de louage de services, de vendre ou d'acheter, etc. La mort civile a disparu par la loi du 31 mai 1854 qui a abrogé les articles 22 à 33 du Code civil. Nous verrons plus loin quelles incapacités lui ont été substituées à cette époque.

Des attributs de la personnalité. — La personnalité juridique comporte de nombreux attributs. Les personnes ont un état, une capacité, un nom, un domicile, un patrimoine. L'étude du patrimoine rentre dans la seconde partie de cet ouvrage consacrée aux biens ; nous allons, au contraire, entreprendre immédiatement l'étude des autres attributs de la personnalité.

Division de la section II. — Nous diviserons donc la section II en six chapitres :

Chapitre Ier. De l'état des personnes.

Chapitre II. De la capacité des personnes.

Chapitre III. Des moyens de constater l'état et la capacité des personnes. Des actes de l'état civil.

Chapitre IV. Du nom des personnes.

Chapitre V. Du domicile des personnes.

Chapitre VI. Théorie des personnes morales.

CHAPITRE I[er]. — DE L'ÉTAT DES PERSONNES.

Définition. — L'état d'une personne est la position que cette personne occupe dans la cité et dans la famille.

Les Romains déterminaient l'état des personnes en se plaçant au triple point de vue : de la liberté, de la cité et de la famille ; ils distinguaient, en effet, le *status libertatis*, le *status civitatis* et le *status familiæ*.

Par suite de l'abolition de l'esclavage, les hommes ayant tous l'état d'hommes libres, il n'y a plus lieu de s'occuper que du *status civitatis* et du *status familiæ*.

De l'état des personnes au point de vue politique ou status civitatis. — Au point de vue politique on peut être national du pays, ou étranger ; citoyen ou non citoyen.

Nationalité. — La nationalité est le lien juridique qui rattache tous les individus à un Etat déterminé. En matière de nationalité, il existe deux règles essentielles : toute personne a une nationalité et nul ne peut avoir plus d'une nationalité.

Qualité de citoyen. — Il ne suffit pas d'être national pour être citoyen. Il faut encore remplir les deux conditions suivantes : avoir 21 ans, et être du sexe masculin.

De l'état des personnes au point de vue de la famille. — Du status familiæ. — Au point de vue de la famille, une personne peut être mariée ou célibataire, parent ou allié.

a) *Etat d'époux.* — L'état d'époux résulte du mariage ; il peut être altéré par la séparation de corps ; il disparaît par le divorce ou par la mort du conjoint qui replace l'individu dans son état antérieur de célibataire.

b) *Etat de parent.* — La parenté est le lien du sang qui existe entre personnes descendant les unes des autres, ou descendant toutes d'un auteur commun plus ou moins éloigné.

c) *Etat d'allié.* — L'alliance est le lien de droit qui unit chacun des époux aux parents de son conjoint. Ainsi, le mari a pour alliés tout les parents de sa femme ; et réciproquement, la femme a pour alliés tous les parents de son mari.

Conséquences juridiques de l'état des personnes. — L'état des personnes est pour les individus une source de droits et d'obligations ayant les uns un caractère purement moral, les autres un caractère pécuniaire.

Il nous suffira d'en donner un rapide aperçu.

L'état de national procure aux français la jouissance de tous les droits civils, tandis que les étrangers n'en ont le bénéfice que dans une mesure restreinte. Mais, par compensation, les français ont la charge du service militaire.

La qualité de citoyen procure à ceux qui en sont investis l'exercice des droits politiques et le libre accès des fonctions publiques ; mais elle leur impose certaines charges, comme celle de juré ou celle de tuteur.

Quant à l'état des individus au point de vue de la famille, il entraîne comme conséquences principales : l'obligation alimentaire entre certains parents ou certains alliés, et des droits de succession entre parents. Il est, en outre, la source de l'autorité paternelle et de l'autorité maritale, avec tous les droits et toutes les obligations qui s'y rattachent et qui seront étudiés en détail au sujet de ces deux matières.

Des questions d'état et des actions d'état. — Les difficultés que soulève l'état des personnes s'appellent questions d'état ; les actions en justice auxquelles il donne lieu s'appellent des actions d'état.

On distingue deux sortes d'actions d'état : les actions en réclamation d'état et les actions en contestation d'état.

L'*action en réclamation d'état* est celle qui est intentée par une personne devant un tribunal pour faire reconnaître son véritable état, dont elle n'a pas en fait la possession.

L'action en contestation d'état est, au contraire, celle qui a pour but d'enlever à une personne la jouissance d'un état auquel elle n'a aucun droit.

Ce sont les actions d'état entendues au sens large du mot. Mais, dans un sens étroit, on réserve cette expression, pour les actions relatives à la filiation (art 326 et 327).

Caractères généraux des actions d'état. — A certains égards les actions d'état ressemblent aux actions qui sanctionnent le droit de propriété et les droits réels, et qu'on appelle actions réelles ; à d'autres égards, les actions d'état ont des caractères qui leur sont propres.

Caractères communs aux actions d'état et aux actions réelles. — Les actions d'état ont ceci de commun avec les actions réelles, c'est que, comme ces dernières, elles sont opposables à tous ; elles peuvent être intentées contre tous ceux qui contestent l'état de la personne ou qui mettent obstacle à l'exercice des droits qui en découlent.

Cela tient à ce que les qualités dont se compose l'état des personnes constitue pour chacune d'elles une sorte de propriété que la loi a entendu garantir d'une façon aussi énergique que le droit de propriété lui-même (1).

Caractères propres aux actions d'état. — L'état des personnes ne fait pas partie du patrimoine de chacun, comme le droit de propriété et les autres droits réels ; il est en dehors du commerce, et il ne peut être l'objet d'aucune convention, ni d'aucune renonciation.

Il en résulte les conséquences suivantes (2) :

1° Les actions d'état sont *imprescriptibles*. Cela veut dire qu'à toute époque elles peuvent être intentées, quel que soit le temps écoulé depuis le moment où le droit d'agir a pris naissance.

Nous verrons cependant que, par exception, l'action en désaveu de paternité se prescrit par un mois ou par deux mois, suivant les cas (art. 316 à 318) ; et que l'action en réclamation d'état est prescriptible à l'égard des héritiers de l'enfant (art. 329).

2° Les actions d'état ne sont pas susceptibles de transaction.

Cela se conçoit aisément. La transaction est une convention par laquelle on met fin à un procès, ou bien on prévient un procès à l'aide de concessions réciproques. Or, nous avons dit qu'aucune renonciation n'était possible en matière d'état.

3° Les actions d'état présentent un caractère surtout moral. On en a conclu :

D'une part, qu'elles pouvaient être intentées par une personne uniquement dans le but de faire constater son véritable état, en dehors de toute question d'intérêt pécuniaire.

D'autre part, qu'elles ne pouvaient pas être exercées du chef d'un débiteur, par un créancier, sous forme d'action oblique, en vertu de l'article 1166 du Code civil.

(1) L'état ressemble à un autre point de vue à la propriété. C'est que, comme la propriété, l'état est susceptible de possession. La possession d'état d'époux ou d'enfant légitime de telle personne résulte d'une réunion de certains faits caractéristiques, comme la cohabitation, le fait de porter le même nom, le fait d'être traité comme tel dans la famille ou dans la société (art. 361, C. civ.).

(2) Ces conséquences ne s'appliquent pas aux droits pécuniaires qui résultent de l'état des personnes notamment au droit de succession. Ce droit est prescriptible, il est susceptible de transaction et les créanciers peuvent le faire valoir du chef de leur débiteur. Planiol, *op. cit.*, I, n[os] 450 à 452.

CHAPITRE II. — DE LA CAPACITÉ DES PERSONNES.

Définition. — La capacité est l'aptitude légale d'une personne à la jouissance et à l'exercice des droits civils.

Distinction entre l'état et la capacité. — L'état et la capacité sont deux notions tellement voisines l'une de l'autre que beaucoup d'auteurs (1) les confondent, considérant la capacité comme une conséquence de l'état des personnes.

Cette confusion s'explique : d'une part, l'état et la capacité sont deux attributs de la personnalité juridique ; d'autre part, l'état exerce une certaine influence sur la capacité, notamment dans le mariage ; la femme mariée, étant incapable, nous le verrons, en raison de son état même.

Il nous paraît cependant préférable de distinguer l'état de la capacité, pour les raisons suivantes :

D'abord, cette distinction est faite par la loi elle-même dans l'article 3 § 3 que nous avons expliqué plus haut : « les lois concernant *l'état et la capacité* des personnes régissent les français, même résidant en pays étranger. »

En second lieu, ces deux notions se réfèrent à deux attributs différents de la personnalité juridique : l'état est la position qu'occupe chaque individu dans la société ; tandis que la capacité est l'aptitude à l'acquisition et à l'exercice des droits.

Et cette différence de point de vue est si vraie que la capacité d'une personne peut changer sans que son état soit modifié en aucune façon : il en est ainsi, par exemple, lorsqu'une personne devient majeure, ou est émancipée, ou est l'objet d'une mesure d'interdiction judiciaire, ou est pourvue d'un Conseil judiciaire.

Absence d'intérêt pratique. — Cette distinction présentait autrefois un intérêt pratique important. En effet, d'après le décret du 30 mars 1808, les questions d'état devaient être jugées par la Cour d'appel en audience solennelle composée des magistrats de deux chambres siégeant en robes rouges ; il était alors très utile de savoir si les questions de capacité rentraient dans les questions d'état. Cette controverse est dépourvue de tout intérêt pratique, et n'offre plus qu'un intérêt théorique de classification, depuis

(1) Planiol, *op. cit.*, I, n° 41 ; Vigié, *Cours de droit civil français*, I, n° 191. Voir au contraire dans le sens indiqué au texte : Aubry et Rau, *op. cit.*, I, n° 52, note 3 ; Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil*, p. 68 ; Beudant, *op. cit.*, I, n° 93.

que le décret du 26 novembre 1899 a rendu les questions d'état aux audiences ordinaires des cours d'appel.

Des deux degrés de l'incapacité. Nous avons défini plus haut la capacité « l'aptitude légale à la jouissance et à l exercice des droits civils ».

Jouir d'un droit, c'est en être investi, en être le titulaire ; exercer un droit, c'est le mettre en œuvre, en accomplissant les différents actes juridiques qu'il comporte. Ainsi, en ce qui concerne le droit de propriété, la jouissance du droit consiste à être propriétaire ; et l'exercice du droit consiste à aliéner, hypothéquer, donner à bail l'immeuble sur lequel il porte, le revendiquer en justice, etc.

La capacité juridique constitue la règle ordinaire. Les rédacteurs du Code ont pris soin de l'affirmer à plusieurs reprises : article 902, pour les donations entre vifs et les testaments ; article 1123, pour les contrats ; article 1594 pour la vente. Dès lors, l'incapacité étant l'exception, c'est d'elle qu'il y a lieu de s'occuper.

L'incapacité est de deux sortes : elle peut porter sur la jouissance ou sur l'exercice des droits.

De l'incapacité d'exercice ou incapacité proprement dite. — L'incapacité d'exercice consiste dans l'inaptitude pour une personne à pouvoir exercer librement ou par elle-même les droits dont elle est titulaire.

Exemple : l'enfant dès sa venue au monde, et même pendant l'époque de sa conception, peut être titulaire de droits, il peut être propriétaire, créancier, etc. Mais jusqu'à l'âge de 21 ans, il ne peut les exercer par lui-même ; il est représenté dans l'exercice de ses droits par son tuteur.

De l'incapacité de jouissance. — L'incapacité de jouissance consiste dans l'inaptitude à être titulaire d'un droit ; elle entraîne nécessairement, comme conséquence, l'incapacité d'exercice ; car on ne peut faire valoir un droit, soit par soi-même, soit par l'intermédiaire d'un tiers, qu'à la condition d'en être le titulaire.

L'incapacité de jouissance (2) ne peut exister d'une façon abso-

(1) Inversement il y a des droits pour lesquels l'incapacité d'exercice entraîne l'incapacité de jouissance ; ce sont ceux qui, en raison de leur caractère personnel, ne peuvent pas être exercés par un autre que par leur titulaire même. Il en est ainsi : du mariage, du testament, de la reconnaissance d'un enfant naturel. Voilà pourquoi, nous le verrons, beaucoup d'auteurs permettent à l'interdit judiciaire de faire ces actes, dans un intervalle lucide.

(2) ***Principales différences entre l'incapacité de jouissance et l'incapacité***

lue, parce qu'elle serait destructive de la personnalité juridique. Elle ne peut porter que sur certains droits déterminés limitativement par la loi.

Citons comme exemples : l'article 1595, qui interdit la vente entre époux ; l'article 1596 qui interdit aux tuteurs, mandataires, etc. de se rendre adjudicataires des biens qu'ils sont chargés de vendre ; l'article 1597, qui défend aux magistrats et à différents officiers ministériels d'acheter les droits litigieux qui sont de la compétence du tribunal auprès duquel ils exercent leurs fonctions.

Toutes les fois qu'il y a doute sur le point de savoir si une incapacité porte sur la jouissance ou sur l'exercice, la difficulté doit être tranchée à l'aide de la distinction suivante : il y a privation de l'exercice seulement, lorsque la loi charge une personne de faire valoir le droit à la place de l'incapable, ou indique les moyens de lever l'incapacité Il en est ainsi. nous le verrons. pour le mineur, que le tuteur a pour mission de représenter, ou pour la femme mariée dont l'incapacité est levée par l'autorisation maritale. Dans tout autre cas, au contraire, il y a privation de la jouissance et non pas seulement de l'exercice du droit (1).

Distinction de la capacité d'exercice et du pouvoir. — Il ne faut pas confondre la capacité d'exercice et le pouvoir.

La capacité est l'aptitude qu'a une personne de faire par elle-même les actes qui concernent l'administration de ses propres biens. Le pouvoir est l'aptitude qu'a une personne de faire des

d'exercice.— Les deux sortes d'incapacité diffèrent à plusieurs points de vue.

a) *Causes* : L'incapacité d'exercice est en général établie dans un intérêt de protection, en raison de l'âge ou des infirmités physiques. Au contraire, l'incapacité de jouissance est tantôt motivée par des considérations d'ordre supérieur ou public (art. 442, 450, 909, 1595, 1596, 1597); tantôt elle est prononcée à titre de peine et comme déchéance (art. 291, 618, 792, 1442).

(*b*) *Etendue* : L'incapacité d'exercice peut être totale ou partielle. Elle est totale pour le mineur non émancipé, pour l'interdit judiciaire ; elle est partielle pour le mineur émancipé et pour la personne pourvue d'un conseil judiciaire. Au contraire, l'incapacité de jouissance n'est jamais totale ; elle est toujours limitée à tels ou tels actes déterminés.

c) *Sanction* : L'incapacité d'exercice a pour sanction la nullité relative de l'acte accompli par l'incapable (art. 1125). L'incapacité de jouissance entraîne comme conséquence la nullité absolue des actes accomplis en violation de l'incapacité ; ceci sera mieux compris après l'étude que nous ferons plus loin de la théorie des nullités. Sur toute cette question, consulter Beudant, *op. cit.*, n°s 52 et suiv. ; Capitant, *op. cit.*, p. 90 et suiv.

(1) Beudant, *op. cit.*, n° 56.

actes pour l'administration du patrimoine d'une autre personne en qualité de mandataire.

En d'autres termes, la capacité est l'aptitude à faire ses propres affaires, et le pouvoir est l'aptitude à faire les affaires d'autrui.

Ainsi, on dit la capacité du mineur et le pouvoir du tuteur ; la capacité de la femme mariée et le pouvoir du mari sur les biens propres de la femme.

Des causes de l'incapacité d'exercice ou incapacité proprement dite. — L'incapacité d'exercice est l'incapacité proprement dite ; c'est celle à laquelle on fait allusion lorsqu'on parle purement et simplement d'incapacité ou d'incapables ; c'est dans ce sens que nous emploierons désormais ce mot, et c'est à cette espèce d'incapacité que seront consacrés tous les développements qui vont suivre.

Les causes d'incapacité sont en droit français :

La minorité ;

L'altération des facultés mentales ;

Le sexe féminin dans le mariage ;

Certaines condamnations pénales.

Nous nous bornerons à cette simple énumération, chacune de ces incapacités devant recevoir plus loin, dans la seconde partie, des développements complets. Nous dirons quelques mots cependant, pour n'y plus revenir, sur les conséquences des condamnations pénales.

Influence des condamnations pénales sur la capacité juridique. — Distinction. — L'influence des condamnations pénales sur la capacité des personnes varie suivant le caractère de la peine prononcée.

1° Des peines criminelles afflictives et infamantes perpétuelles. — Ces peines sont : la mort, les travaux forcés à perpétuité et la déportation.

Sous l'empire du Code civil, elles entraînaient la mort civile dont nous avons parlé plus haut (1).

Depuis la loi du 31 mai 1854, la mort civile a été supprimée et remplacée par les trois peines accessoires suivantes :

a) La double incapacité de disposer et de recevoir par donation entre vifs ou par testament. — C'est là une incapacité de jouissance et non pas seulement une incapacité d'exercice.

b) La dégradation civique qui prive le condamné de tous ses

(1) Voir *suprà*, page 35.

droits politiques et, au point de vue du droit privé, lui enlève le droit d'être tuteur, curateur, subrogé tuteur, conseil judiciaire, membre d'un conseil de famille, sauf pour ses enfants avec l'avis de la famille (art. 34, C. P.). C'est encore là une incapacité de jouissance, qui prive du droit lui-même et non pas seulement de son exercice.

c) *L'interdiction légale.* — C'est la mise en tutelle du condamné pendant qu'il subit sa peine. C'est une incapacité d'exercice seulement ; elle ressemble à l'interdiction judiciaire. Mais elle en diffère essentiellement, en ce que l'interdiction judiciaire est une mesure de protection établie dans l'intérêt de l'incapable, tandis que l'interdiction légale est avant tout une peine dirigée contre le condamné pour l'empêcher d'adoucir son sort et de corrompre ses gardiens.

2° **Des peines afflictives et infamantes temporaires.** — Elles font encourir au condamné deux peines accessoires seulement:

a) La dégradation civique ;

b) L'interdiction judiciaire ;

avec les mêmes conséquences que nous avons expliquées ci-dessus.

3° **Des peines correctionnelles.** — En matière correctionnelle le tribunal peut, dans certains cas, prononcer, en tout ou en partie, les déchéances résultant de la dégradation civique.

4° **Des peines de simple police.** — Elles sont sans influence sur la capacité du condamné.

CHAPITRE III. — DES MOYENS DE CONSTATER L'ÉTAT ET LA CAPACITÉ DES PERSONNES. — DES ACTES DE L'ÉTAT CIVIL.

Notions préliminaires.

Importance de la constatation de l'état et de la capacité des personnes. — La constatation de l'état et de la capacité des personnes est importante pour l'Etat, pour l'individu et pour les tiers.

L'intérêt de l'Etat est aisé à comprendre : en raison des obligations particulières qui incombent aux nationaux et des droits politiques qui sont réservés aux citoyens, il faut que l'administration ait des moyens infaillibles de connaître les uns et les autres.

L'intérêt de l'individu n'est pas moins grand que celui de l'Etat ; il est indispensable que chacun puisse déterminer sa véritable situation de famille, afin de faire valoir les droits de succession ou les autres droits qui y sont attachés.

Enfin, les tiers sont intéressés, quand ils passent un acte juridique avec une personne, à connaître quelle est la capacité exacte de cette personne.

Actes de l'état civil. – C'est pour répondre à ce triple but que les rédacteurs du Code civil ont consacré le titre II (de l'art. 34 à l'art. 101) aux actes de l'état civil.

On entend par actes de l'état civil des écrits rédigés sur des registres, tenus par les municipalités dans chaque commune, pour constater les principaux faits de l'existence de chaque individu, les naissances, les décès et les mariages.

Critiques de l'organisation des actes de l'état civil. — L'organisation actuelle des actes de l'état civil a soulevé une double critique : les registres de l'état civil sont incomplets ; les actes concernant l'état et la capacité des personnes sont disséminés.

1° *Les registres de l'état civil sont incomplets.* — En effet, les registres de l'état civil ne renferment que les actes de naissances, de décès et de mariages, et quelques actes accessoires : le divorce (art. 251), l'acte de reconnaissance d'un enfant naturel lorsque la reconnaissance est faite devant un officier de l'état civil (art. 62), et l'acte d'adoption (art. 359).

Beaucoup d'actes intéressant l'état et la capacité des personnes ne sont pas portés sur les registres de l'état civil.

Il en est ainsi : de la naturalisation, de la reconnaissance d'enfant naturel reçue par les notaires, de la séparation de corps, de la séparation de biens, de l'émancipation, de l'interdiction judiciaire.

Comment expliquer ces lacunes ? Par l'histoire. Nos registres actuels de l'état civil tirent leur origine de ceux qui étaient tenus, avant 1792, par les curés dans chaque paroisse pour les faits de la vie civile qui donnaient lieu à des cérémonies religieuses. Après la sécularisation de l'état des personnes par la loi du 20-25 septembre 1792, l'usage s'est maintenu de ne porter sur les registres de l'état civil, comme antérieurement, que les naissances, les mariages et les décès.

2° *Les actes concernant l'état et la capacité des personnes sont disséminés.* — Les actes qui concernent l'état et la capacité des personnes, au lieu d'être centralisés dans une seule commune, celle

du lieu d'origine de chaque individu, se trouvent au contraire dispersés dans les différentes communes où les différents actes ont été rédigés

Ainsi, une personne née à Paris se marie à Marseille et meurt à Lyon, son acte de naissance, son acte de mariage et son acte de décès se trouveront chacun dans une commune différente. Ce qui rend les recherches plus difficiles et les causes d'erreur plus fréquentes.

Projet de réforme. Le casier judiciaire civil. — Il y aurait un moyen de centraliser tous les actes concernant l'état et la capacité des personnes et de faciliter aux intéressés la connaissance de ces actes, ce serait d'instituer le casier judiciaire civil sur le modèle du casier judiciaire pénal. Le greffier de chaque tribunal d'arrondissement serait chargé de noter, sur des fiches classées dans l'ordre alphabétique, tous les renseignements touchant à l'état et à la capacité des personnes originaires de l'arrondissement ; un bureau central, établi à Paris, conserverait les renseignements relatifs aux individus nés hors de France, ou dont le lieu de naissance serait inconnu. Pour assurer la centralisation de tous ces renseignements, il suffirait d'imposer aux officiers publics (maires, notaires, greffiers, etc.) l'obligation de faire parvenir à l'endroit voulu, dans un bref délai, un avis de tous les actes ou jugements rédigés par eux qui sont susceptibles de modifier l'état ou la capacité de la personne (1).

Améliorations réalisées par des lois récentes. — Déjà, quelques améliorations de détail ont été réalisées dans cet ordre d'idées par des lois récentes. Nous citerons :

1° La loi du 18 avril 1886 (art. 251 nouveau, C. civ.) qui prescrit la mention du jugement de divorce en marge de l'acte de mariage.

2° La loi du 17 août 1897 qui ordonne : la mention de tout mariage contracté par une personne en marge de son acte de naissance (article 76 nouveau *in fine*), et la mention de la légitimation d'un enfant naturel en marge de son acte de naissance (art. 331 nouveau *in fine*).

3° La loi du 16 mars 1893 (art. 501 nouveau), qui enjoint à tout greffier des tribunaux d'arrondissement de faire mention sur des registres spéciaux des jugements d'interdiction judiciaire ou de

(1) Sur tous ces points, consulter Beudant, *op. cit.*, nos 93 et 104, note 1 ; Planiol, *op. cit.*, I, nos 470 et suiv. ; Raynal et Petiet, *De la publicité en matière d'état et d'incapacité des personnes* dans la *Revue critique* de 1887.

dation de conseil judiciaire relatifs aux personnes originaires de l'arrondissement.

Division du chapitre III. — Nous diviserons le chapitre III en trois paragraphes de la façon suivante :

§ 1. Des règles communes à tous les actes de l'état civil.

§ 2. Des règles spéciales aux actes de naissance et aux actes de décès.

§ 3. De l'autorité de la chose jugée en matière d'état et de capacité.

Nous renvoyons l'étude de l'acte de mariage au moment où nous traiterons de l'institution du mariage.

§ 1. — Des règles communes à tous les actes de l'état civil.

Subdivision. — Les règles communes à tous les actes de l'état civil sont relatives aux principaux points suivants :

a) Des personnes qui figurent dans les actes de l'état civil.

b) De la tenue des registres de l'état civil.

c) De la publicité des registres de l'état civil et de la force probante qui s'attache à leurs extraits.

d) Des modes de preuve des actes de l'état civil.

e) De la rectification des actes de l'état civil

Nous étudierons chacun de ces points successivement.

a) *Des personnes qui figurent dans la rédaction des actes de l'état civil.*

Énumération. — Les personnes qui concourent à la rédaction des actes de l'état civil sont :

L'officier de l'état civil ;

Les déclarants ou comparants ;

Les témoins ;

Les parties.

1° De l'officier de l'état civil. — *Qui a cette qualité ?* — Dans toute commune, la qualité d'officier de l'état civil appartient au maire.

Il peut déléguer ses fonctions à un de ses adjoints ou, à leur défaut, à un conseiller municipal, sans être obligé d'observer l'ordre du tableau.

En cas d'absence ou d'empêchement du maire, il est remplacé par un adjoint, en suivant l'ordre du tableau, ou à défaut par un

conseiller municipal, d'après l'ordre du tableau (art. 81 à 84 loi du 5 avril 1884).

Caractère de sa compétence. — La compétence de l'officier de l'état civil est territoriale ; cela veut dire : d'une part, qu'il ne peut faire aucun acte valable en dehors des limites de sa commune ; d'autre part, qu'il a qualité pour constater tous les actes de l'état civil qui se produisent sur ce territoire (1).

Diversité de ses fonctions. — L'officier de l'état civil a un rôle multiple à jouer dans les actes de l'état civil.

1° Il doit constater par lui-même certains faits : la naissance et les décès (art. 55 et 77) ;

2° Il doit procéder aux publications de mariage et à la célébration du mariage où il joue le rôle essentiel (art. 63 et art. 75) ;

3° Il doit rédiger les actes de l'état civil, en délivrer des extraits à tout requérant et en assurer la conservation.

2° **Des déclarants ou comparants**. — Les déclarants ou comparants sont les personnes qui, dans les actes de naissance ou de décès, font connaître à l'officier de l'état civil l'acte qu'il y a lieu de constater.

Toute personne, même un mineur, peut jouer le rôle de déclarant ou de comparant, sous réserve de ce que nous dirons plus loin pour les actes de décès.

3° **Des témoins**. — *Triple rôle.* — Le rôle des témoins dans les actes de l'état civil est triple :

a) Ils attestent l'identité des parties et des déclarants ;

b) Ils certifient la véracité du fait allégué par ces derniers ;

c) Ils constatent la conformité des mentions contenues dans l'acte rédigé avec les déclarations faites.

Capacité requise. — Pour être témoin dans un acte de l'état civil, il suffit d'être âgé de 21 ans ; il n'est plus nécessaire, comme sous l'empire du Code civil, d'être du sexe masculin ; depuis la loi du 7 décembre 1897, les femmes peuvent être témoins ; toutefois le mari et la femme ne peuvent être témoins ensemble dans le même acte.

Il convient de noter que la loi est plus exigeante pour les témoins des actes notariés. Ces derniers doivent, en effet : être français, savoir signer, être domiciliés dans la commune où l'acte est dressé, et n'être pas parents des parties contractantes ; conditions

(1) Il faut en excepter cependant le mariage, le divorce et l'adoption qui concernent spécialement l'officier de l'état civil du domicile des intéressés.

qui ne sont pas requises pour les actes de l'état civil, dont la loi n'a pas voulu rendre la rédaction trop difficile.

4° **Des parties.** — Les parties sont les personnes dont l'état est constitué ou modifié par l'acte qui est dressé par l'officier de l'état civil, sauf dans les actes de naissance et de décès, les parties doivent figurer à l'acte, soit en personne, soit par un mandataire pourvu d'une procuration spéciale et authentique (art. 36). Cependant, pour le mariage, la loi n'admet pas que l'on ait recours à un mandataire.

b) *De la tenue des registres de l'état civil.*

Rédaction sur feuilles volantes interdite. — La loi ordonne que les actes de l'état civil soient rédigés sur des registres. La rédaction sur feuilles volantes est prohibée sous des peines rigoureuses (art. 192, C. P.).

Cette prescription de la loi est prudente et sage ; des feuilles volantes peuvent être égarées, être détruites ou être altérées trop facilement ; des registres offrent plus de sécurité.

Tenue des registres. — Au surplus, pour éviter toute fraude qui consisterait dans la substitution des feuillets du registre, la loi a ordonné que les registres soient cotés, par première et dernière feuille, et paraphés sur chaque feuille par le président du tribunal de première instance ou par un juge délégué par lui (art. 41).

Dans un but analogue, la loi prescrit que les actes soient rédigés sur les registres de suite, sans aucun blanc. Les ratures et les renvois doivent être approuvés et signés de la même manière que le corps de l'acte. Rien ne doit être écrit par abréviation et aucune date ne doit être mise en chiffres (art. 42).

A la fin de chaque année les registres doivent être clos et arrêtés par l'officier de l'état civil.

Nombre de registres. — Il peut y avoir un registre unique par commune pour tous les actes, qui sont alors portés indistinctement par ordre de date sur le registre ; ou bien il peut y avoir des registres spéciaux pour chaque nature d'actes. Dans chaque arrondissement, c'est le président du tribunal qui prend une décision à cet égard.

Mais qu'il y ait un registre, ou qu'il y en ait plusieurs, une règle essentielle doit être observée, celle de la tenue en double du registre unique ou des registres multiples (1).

(1) Par exception le registre des publications de mariage, dont la conser-

A la fin de chaque année, un des doubles est déposé au greffe du tribunal civil de l'arrondissement, tandis que l'autre reste aux archives de la commune.

Cette mesure est prise afin de restreindre les risques de perte, de détérioration ou de destruction (1). Cela facilite en outre la délivrance des extraits, que l'on peut de cette façon obtenir, soit en s'adressant à la mairie de la commune où l'acte a été dressé, soit en le demandant au greffe du tribunal, au chef-lieu de l'arrondissement (2).

Pour faciliter les recherches sur les registres, le décret du 20 juillet 1807 a prescrit la confection de deux sortes de tables alphabétiques d'après les noms des parties ; une table annuelle, dressée par l'officier de l'état civil, dans le mois qui suit la clôture du registre ; et des tables décennales, dressées par le greffier, tous les dix ans, pour le greffe, pour la mairie et pour la préfecture.

Vérification des registres. — Dans l'exercice de leurs fonctions d'officiers de l'état civil les maires sont placés sous l'autorité immédiate du procureur de la République de l'arrondissement.

Chaque année, ce magistrat est tenu de vérifier l'état des registres, lors du dépôt qui en est fait au greffe ; il dresse un procès-verbal sommaire de la vérification, dénonce les contraventions ou délits commis par les officiers de l'état civil et requiert contre eux la condamnation aux amendes (art. 53).

Des mentions à faire en marge d'actes inscrits. — Pour un certain nombre d'actes (reconnaissance d'enfant naturel, légitimation, mariage, divorce) des mentions doivent être effectuées sur les registres de l'état civil en marge d'autres actes antérieurement inscrits.

La loi du 17 août 1897, modifiant sur ce point l'article 49 du Code civil, ordonne que ces mentions soient faites d'office. L'officier de l'état civil, qui dresse l'acte sujet à mention, effectue cette mention dans les trois jours sur les registres qu'il détient. Dans le même délai, il adresse un avis au procureur de la République de

vation offre peu d'intérêt, est tenu simple ; il est déposé chaque année au greffe du tribunal de l'arrondissement (art. 63).

(1) Cela n'a pas empêché les registres de l'état civil d'être détruits à Paris pendant la commune par suite de l'incendie du palais de justice et de l'hôtel de ville.

(2) Notons qu'en outre, aux ministères des colonies, de la marine, de la guerre et des affaires étrangères, sont conservés les actes de l'état civil reçus hors de France et qui y ont été transcrits.

l'arrondissement, et celui-ci doit veiller à ce que la mention soit faite d'une façon uniforme sur les registres existants dans les archives des communes ou des greffes, ou dans les autres dépôts publics.

Responsabilité de l'officier de l'état civil.—La responsabilité de l'officier de l'état civil varie suivant la distinction suivante :

1° En cas d'altération, de faux dans les actes de l'état civil ou d'inscription de ces actes sur une feuille volante, il y a lieu à l'application des peines prononcées par le Code pénal, et en outre, à des dommages-intérêts au profit des parties intéressées (art. 52).

2° Au cas de simple contravention aux règles établies par la loi sur la tenue des registres et sur la rédaction des actes, il y a lieu à une amende, qui ne peut excéder cent francs et qui est prononcée par le tribunal civil d'arrondissement (art. 50).

3° Enfin, tout dépositaire des registres est civilement responsable des altérations qui y surviennent, sauf son recours, s'il y a lieu, contre les auteurs des dites altérations (art. 51).

De la nullité des actes de l'état civil irréguliers. —La loi n'a pas indiqué la nullité comme sanction aux formalités qu'elle a prescrites pour la rédaction des actes de l'état civil. Est ce à dire pour cela qu'un acte, pour si informe qu'il soit, doit être considéré comme valable ? non. Il faut appliquer ici la *théorie des nullités substantielles*. D'après cette théorie, l'inobservation des formalités substantielles entraîne toujours la nullité de l'acte, même en l'absence d'un texte de loi.

Par application de cette théorie, on devrait considérer comme nuls :

1° Des actes de l'état civil qui auraient été reçus par des personnes n'ayant pas la qualité officielle d'officier de l'état civil (1).

2° Des actes de l'état civil rédigés sur des feuilles volantes.

Quant au défaut de signature sur l'acte, il n'est pas considéré en pratique comme une cause de nullité ; en fait, lorsque cela se produit, le Procureur de la République fait apposer après coup la signature de l'officier de l'état civil sur l'acte (ordonnance du 26 novembre 1823) (2).

(1) Le fait s'est produit en 1870-71 ; mais des lois spéciales du 10 juillet 1871 et du 7 janvier 1872 ont réglé le sort des actes irrégulièrement dressés pendant cette période.

(2) C'est ainsi que tout récemment les journaux racontaient qu'un ancien adjoint d'un arrondissement de Paris, en état de détention préventive pour escroquerie, occupait son temps en prison à signer les registres de l'état civil qu'il avait omis de signer pendant l'exercice de ses fonctions.

c) *De la publicité des registres de l'état civil et de la force probante qui s'attache aux extraits.*

** **Du principe de la publicité des registres.** — Les registres de l'état civil sont publics. Cela ne veut pas dire qu'on puisse entrer dans une mairie et exiger la communication d'un registre de l'état civil, comme on demande communication d'un ouvrage dans une bibliothèque ; non, la publicité des registres consiste dans la faculté pour toute personne de se faire délivrer des copies des actes de l'état civil (1) moyennant une rétribution dont le montant est déterminé par les règlements administratifs.

** **Des extraits des registres. — Délivrance. — Légalisation.** — Les copies des actes de l'état civil s'appellent des *extraits des registres de l'état civil*. Cette expression d'extraits paraît impropre au premier abord. L'extrait d'un acte est un simple résumé de cet acte, tandis que les extraits de l'état civil sont des copies intégrales de l'acte original. Cette expression s'explique cependant par cette circonstance que ces copies sont extraites des registres (2).

La délivrance des extraits est faite : à la mairie, par l'officier de l'état civil et au greffe du tribunal civil de l'arrondissement, par le greffier. Ces deux fonctionnaires doivent en signant certifier la conformité de l'extrait et de l'acte original porté sur le registre ; et ils doivent indiquer en toutes lettres la date de la délivrance de l'extrait (3).

Les extraits ainsi délivrés doivent être légalisés (4) ; la légalisation est l'attestation que la signature apposée sur un acte est authentique. La légalisation est donnée par le président du tribunal civil ou par le juge qui le remplace ; cependant, en dehors du canton où siège le tribunal, le juge de paix a aussi le pouvoir de légalisation (loi du 2 mai 1861).

(1) Différence essentielle avec les actes notariés que le notaire, tenu au secret professionnel, ne doit communiquer qu'aux parties.

(2) Aussi l'expression est-elle « extraits des registres de l'état civil », et non pas, comme on le dit quelquefois, « extraits des actes de l'état civil ».

(3) Cette prescription résulte de la loi du 17 août 1897 et elle est destinée à assurer le respect d'une autre disposition de cette même loi qui exige que l'extrait de naissance que présentent les futurs époux pour se marier ne remonte pas à plus de trois mois.

(4) Cette légalisation est toujours exigée, tandis qu'elle n'est requise pour les actes notariés que quand on doit en faire usage en dehors de l'arrondissement où ils ont été rédigés.

** **Force probante des extraits.** — *Exposé de la règle.* — Les extraits. délivrés comme il vient d'être expliqué, font foi en justice jusqu'à inscription de faux (art. 45) ; cela veut dire que celui à qui on oppose un de ces extraits ne peut contester la véracité des mentions qui s'y trouvent relatées qu'en démontrant qu'un faux a été commis par l'officier de l'état civil. Cette preuve nécessite une procédure spéciale (1), longue, compliquée et coûteuse, à la suite de laquelle la partie qui succombe encourt, outre les frais du procès, des dommages-intérêts et une amende dont le minimum est de trois cents francs.

Caractère exceptionnel de la règle. — La solution de l'article 45 est exceptionnelle. Les extraits des registres ne sont, nous l'avons vu, que des copies. Or, il est de règle que la copie d'un acte n'a aucune force probante par elle-même ; celui à qui on l'oppose peut toujours exiger qu'on lui produise l'original (art. 1334). Ici au contraire extraits et originaux ont la même force probante.

Pourquoi cette dérogation ? pour des raisons pratiques.

L'original des actes de l'état civil étant rédigé sur des registres, il aurait fallu produire les registres en justice chaque fois qu'une contestation se serait élevée. Or le déplacement des registres présenterait les inconvénients suivants :

1° Il y aurait. pour les registres qu'on déplacerait, des risques de perte, de détérioration et même d'altération que la loi devait éviter.

2° Pendant le temps que les registres seraient déplacés, l'officier de l'état civil ne pourrait pas délivrer d'autres extraits au public, et il serait même dans l'impossibilité de dresser des actes, s'il s'agissait des registres de l'année.

Etendue d'application de la règle. — Toutes les déclarations contenues dans les actes de l'état civil sont-elles vraies jusqu'à inscription de faux ? évidemment non ; des distinctions s'imposent : certaines mentions ne sont vraies que jusqu'à preuve du contraire ; d'autres enfin n'ont aucune valeur et sont réputées non écrites.

Sont vraies jusqu'à inscription de faux : les mentions relatives aux faits que l'officier de l'état civil déclare avoir vus, avoir entendus, avoir accomplis *propriis sensibus*. On ne peut, en effet, les révoquer en doute qu'en accusant l'officier de l'état civil d'avoir commis un faux dans la rédaction de l'acte.

(1) Cette procédure s'appelle procédure de faux incident civil (art. 214 à 251, C. pr. civ.).

Ainsi, dans un acte de naissance, le sexe de l'enfant que l'officier de l'état civil doit constater de visu, le fait de la comparution de telle et telle personne devant lui, le fait de la déclaration par telle personne de la naissance d'un enfant nouveau-né, la date de la rédaction de l'acte, voilà autant de mentions qui sont vraies jusqu'à incription de faux.

Ne sont vraies que jusqu'à preuve du contraire : les mentions relatives aux faits que l'officier de l'état civil n'a pas lui-même constatés et qui lui sont déclarés par les comparants et attestés par témoins.

Ainsi, le jour et l'heure de la naissance de l'enfant (1).

Enfin, n'ont aucune valeur et doivent être réputées non écrites les mentions que la loi ne prescrivait pas à l'officier de l'état civil de faire et celles qui sont prohibées par la loi.

Il en est ainsi, par exemple, de l'indication que l'enfant n'est pas né viable, ou qu'il est enfant adultérin ou incestueux.

Contestation relative à la conformité de l'extrait. — Il peut arriver qu'une erreur matérielle ait été commise dans la copie du registre et que l'extrait ne soit pas conforme à l'original. La preuve de cette erreur pourra résulter de la production d'un autre extrait. S'il est différent du premier, c'est qu'une erreur a été commise, soit dans l'un, soit dans l'autre. En pareil cas, le tribunal ordonnera une vérification du registre ; elle sera faite par un de ses membres, si le registre est à son greffe ; dans le cas contraire, elle sera confiée, par voie de commission rogatoire, à un membre du tribunal au greffe duquel le registre est déposé.

d) *Des modes de preuves des actes de l'état civil.*

Enoncé général. — En principe, les actes de l'état civil, c'est-à-dire les naissances, les décès et les mariages, ne peuvent être prouvés que par des extraits des registres.

Par exception, dans certains cas, la loi permet de suppléer aux actes de l'état civil par d'autres moyens de preuve (art. 46).

Du principe en lui-même, nous n'avons rien à dire ; nos explications précédentes doivent suffire ; il faut, au contraire, rechercher dans quels cas il est possible de suppléer aux registres de l'état civil, et par quels moyens on peut y suppléer.

Cas où on peut suppléer aux registres de l'état civil. — *Cas prévus par l'article 46.* — L'article 46 indique deux cas dans lesquels on peut suppléer aux registres de l'état civil :

(1) Voir *infrà* la controverse pour le jour et l'heure du décès.

1° Lorsqu'il n'a pas existé de registres ;

2° Lorsque les registres ont été perdus (1).

La preuve de l'une ou de l'autre de ces deux circonstances devra être faite, soit par des titres, c'est-à-dire par des écrits, soit par des témoins.

Faut-il s'en tenir à ces deux hypothèses, ou bien au contraire, faut-il étendre la disposition de l'article 46, par voie d'analogie, à d'autres cas semblables ? Il semblerait au premier abord, que l'interprétation restrictive dût être préférée ici ; l'article 46, pourrait-on dire, établit des exceptions, et toute disposition exceptionnelle doit être interprétée restrictivement, *exceptiones sunt strictissimæ interpretationis*.

L'opinion contraire a cependant prévalu, en doctrine et en jurisprudence. On a fait observer avec raison que l'article 46 n'était que l'application d'un principe général en matière de preuve : à savoir que les parties sont dispensées du mode de preuve prescrit formellement par la loi toutes les fois qu'il leur a été impossible de se le procurer et toutes les fois qu'il a été détruit ou perdu (art. 1348). Dès lors, l'énumération de l'article 46 est donnée par la loi à titre d'exemple, et n'a rien de limitatif Mais à quels cas faut-il étendre le bénéfice de l'article 46 ? là est la difficulté.

Cas non prévus pour lesquels il n'y a pas doute. — La jurisprudence et la majorité des auteurs sont d'accord pour ajouter aux cas prévus par l'article 46 les cas suivants :

1° Les registres ont été tenus d'une façon intermittente. L'article 46 s'applique à condition d'établir, au préalable, que l'acte que l'on veut prouver correspond bien aux lacunes existant dans le registre.

2° Les registres ont été lacérés en partie. L'article 46 doit s'appliquer sous la même condition que l'acte à prouver se place à l'endroit du registre qui a été mutilé.

Cas douteux : omission d'un acte isolé. — Mais que décider dans le cas où les registres ont été régulièrement tenus et qu'ils sont intacts ; un acte isolé a été omis, peut-on le prouver conformément à l'article 46 ? La solution affirmative ne peut être admise sans restriction ; autrement on rendrait inutiles les sages prescriptions de la loi relativement aux actes de l'état civil.

(1) Le fait s'est produit à Paris en 1871 ; les registres de l'état civil ont été brûlés avec l'hôtel de ville et avec le palais de justice ; la loi du 12 février 1872, modifiée par la loi du 5 juin 1893, s'est occupée de la reconstitution des actes de l'état civil portés sur les registres.

Il est cependant deux circonstances où l'on doit étendre l'article 46, même au cas d'omission d'un acte isolé.

1° C'est lorsque cette omission est imputable à l'officier de l'état civil (1). La preuve de cette négligence devra être faite au préalable.

2° C'est lorsque cette omission est le fait d'un tiers. Il en serait ainsi, par exemple, pour une naissance ou pour un décès qui n'auraient pas été déclarés par la négligence des parents de l'enfant ou de la personne décédée.

L'enfant pourra établir l'époque de sa naissance, ceux qui ont intérêt à invoquer le décès pourront faire cette preuve conformément à l'article 46. Il ne serait pas juste qu'ils aient à souffrir d'une faute qui ne leur est pas imputable.

Au contraire, on ne peut pas étendre l'application de l'article 46 aux actes de mariage (2). Nous verrons, en effet, que nul ne peut réclamer le titre d'époux et invoquer les effets civils du mariage s'il ne présente un acte de célébration inscrit sur les registres de l'état civil (art. 196).

Moyens de suppléer aux registres de l'état civil. — Dans les cas où il est possible de suppléer aux registres de l'état civil, pour démontrer l'existence d'actes détruits ou omis, les moyens de preuve auxquels on peut avoir recours sont de deux sortes :

La preuve écrite et la preuve testimoniale.

Comme moyens de preuve écrite, la loi n'indique que les registres et papiers émanés des pères et mères décédés. Mais ce n'est là qu'une indication à titre d'exemple.

Il est évident que les registres et papiers des pères et mères actuellement vivants, seraient recevables, ainsi d'ailleurs que toute autre pièce écrite émanant de personnes intéressées.

Quant à la preuve testimoniale, elle est recevable *de plano* comme moyen de preuve, sans qu'il soit nécessaire qu'il existe un commencement de preuve par écrit.

Caractère du jugement rendu pour suppléer aux registres de l'état civil. — Le jugement que le tribunal rendra

(1) Par exemple, l'officier de l'état civil, auquel un mari déclare le décès de sa femme, délivre le permis d'inhumer et promet de dresser l'acte de décès, puis oublie de tenir sa promesse. La jurisprudence a appliqué dans ce cas l'article 46.

(2) Dans ce sens, Aubry et Rau, *op. cit.*, n° 64 ; Planiol, *op. cit.*, I, n° 557.

pour constater un décès, une naissance ou un mariage, par application de l'article 46. n'est pas transcrit sur les registres de l'état civil pour tenir lieu de l acte omis ou détruit. C'est un jugement ordinaire, qui n'a, comme tout jugement, qu'une autorité relative. Il ne peut être opposé qu'aux parties en cause dans le procès et que par les parties en cause, par application de la règle essentielle : « *Res inter alios judicata aliis neque nocet neque prodest* » (art. 1351) (1).

**e) *De la rectification des actes de l'état civil.*

Cas où il y a lieu à rectification. — Il y a lieu à rectification d'un acte de l'état civil dans les cas suivants :

1° Lorsqu'il contient des erreurs ; par exemple, le nom a été mal orthographié, le sexe de l'enfant a été indiqué d'une façon inexacte, etc.

2° Lorsqu'il contient des omissions ; par exemple, on a oublié d'indiquer le jour et l'heure de la naissance, on a omis un titre nobiliaire ou la particule, de ou le, devant le nom, etc.

3° Lorsqu'il contient des énonciations interdites par la loi, par exemple, le caractère adultérin ou incestueux de la filiation naturelle d'un enfant a été indiqué dans son acte de naissance.

4° Lorsqu'un acte, rédigé d'une façon irréprochable, a été altéré dans la suite.

5° Lorsqu'un acte de naissance a été rédigé après le délai prescrit par la loi.

6° Lorsqu un acte a été rédigé sur une feuille volante.

Autorité judiciaire seule compétente pour ordonner la rectification. — Tant que l'acte n'est pas rédigé et signé par les parties et par les témoins, l'officier de l'état civil peut y apporter toutes les rectifications qu'il juge indispensables, à l'aide de ratures et renvois qui doivent être approuvés et signés comme le corps de l'acte. Mais une fois que l'acte a été rédigé et signé, il ne peut plus y faire aucune modification d'aucune sorte, même du consentement unanime de toutes les parties intéressées. A partir de ce moment, c'est à l'autorité judiciaire seule qu'il appartient d'ordonner les rectifications nécessaires.

Qui peut demander la rectification ? — La rectification peut être demandée par les parties intéressées et par le ministère public.

(1) Voir *infrà* les développements que nous donnerons à ce sujet.

1° **Par les parties intéressées.** — Pour agir en rectification, il faut avoir un intérêt né et actuel ; un intérêt pécuniaire n'est pas nécessaire, l'intérêt moral suffit.

2° **Par le ministère public.** — Le ministère public peut lui-même demander la rectification : d'abord, dans les cas formellement prévus par la loi ; puis, toutes les fois que l'ordre public est intéressé (1).

Les cas prévus par la loi sont les suivants :

a) Il y a lieu de reconstituer des registres détruits ou perdus (L. 25 mars 1817, art. 75).

b) Un acte de mariage est incomplet ou inexact, en ce qui concerne la déclaration prescrite par la loi du 10 juillet 1850 touchant le contrat de mariage (art. 76, C. civ. *in fine*).

c) Quand l'acte à rectifier concerne des personnes indigentes, qui ne pourraient pas faire les frais d'une instance en rectification (loi du 10 décembre 1850, art. 3).

D'après la jurisprudence, le ministère public peut agir en rectification dans un intérêt d'ordre public dans les principaux cas suivants :

a) Lorsqu'un acte contient des mentions interdites par la loi.

b) Lorsqu'il y a erreur sur le sexe.

c) Lorsqu'il y a attribution erronée d'un titre nobiliaire ou de la particule « de » à une personne.

Tribunal compétent. — Procédure. — Le tribunal compétent est, en thèse générale, le tribunal civil d'arrondissement au greffe duquel doit se trouver déposé le registre de l'état civil dont on demande la rectification (2).

La demande en rectification est introduite sous forme de requête adressée au tribunal. Le tribunal peut ordonner d'assigner les parties qui peuvent être intéressées à contredire la demande ; il peut aussi ordonner la réunion d'un conseil de famille et lui demander son avis sur l'affaire. Dans tous les cas, le ministère public doit donner ses conclusions (art. 99).

Comment s'opère la rectification sur les registres. — Lorsque le tribunal, faisant droit aux conclusions du demandeur,

(1) Cette solution est très discutée en doctrine ; mais elle est admise d'une façon constante par la jurisprudence, en vertu de l'article 46 de la loi du 10 août 1810. Consulter sur ce point notre *Manuel de procédure civile*, p. 45.

(2) La loi du 8 juin 1893 a tranché la question de compétence dans des cas particuliers. Voir le texte de cette loi incorporé au Code à l'article 99.

ordonne la rectification de l'acte incriminé, on ne lui fait subir aucune modification matérielle, par voie d'addition, de suppression ou de substitution.

Le jugement de rectification est transcrit sur le registre courant, par l'officier de l'état civil, aussitôt qu'il lui est remis ; mention en est faite en marge de l'acte réformé ; désormais, les extraits qui seront délivrés devront faire mention des rectifications ordonnées (art. 101, C. civ. et 857, C. pr. civ.).

Autorité relative du jugement de rectification. — L'acte même rectifié n'a pas une autorité absolue, il n'est pas opposable à tous comme l'aurait été l'acte de l'état civil qui aurait été bien rédigé dès le début. Comme tous les jugements, le jugement de rectification n'a qu'une autorité purement relative : il n'est opposable qu'aux parties qui ont figuré dans l'instance, et il ne peut être invoqué que par elles (art. 100) (1).

§ 2. — Des règles spéciales aux actes de naissance et aux actes de décès.

Subdivision. — Il y a lieu d'étudier successivement les actes de naissance et les actes de décès.

Nous nous placerons dans les hypothèses ordinaires, en renvoyant à la lecture des articles du Code civil pour les cas particuliers de naissance en mer, de décès dans les prisons, pour les actes de l'état

(1) Il peut en résulter des conséquences bizarres. Supposons que Primus inscrit par erreur dans son acte de naissance comme né de père et mère inconnus, assigne en justice Secundus pour faire reconnaître contre lui qu'il est enfant légitime du même père et de la même mère et qu'ils doivent porter le même nom. Soit calcul, soit ignorance, il omet d'assigner Tertius propre frère de Secundus. Il triomphe dans l'instance engagée. Le jugement rendu ne sera pas opposable à Tertius. Primus devra entreprendre contre lui un nouveau procès qui peut se terminer par un jugement contraire, soit que la composition du tribunal ait été modifiée, soit que Tertius ait produit des pièces qui n'avaient pas été soumises aux premiers juges. On se trouvera dès lors dans cette situation étrange : que Primus sera le frère de Secundus, sans être celui de Tertius frère de Secundus. Cela est possible théoriquement. Mais on a fait observer avec raison que cela est peu à redouter en pratique. « La personne, qui aura réussi à faire une première fois la preuve d'un fait de l'état civil, réussirait facilement une seconde fois devant le même tribunal, si facilement même qu'il est à prévoir que la question ne sera plus soulevée à l'avenir par d'autres personnes, et que le jugement obtenu par elle lui rendra en fait le même serviee que s'il était doué d'une autorité absolue. » Planiol, I, n° 565.

civil des militaires et des marins dans certains cas spéciaux, pour les actes de l'état civil des étrangers, etc.

a) *Actes de naissance.*

Obligation de déclarer l'enfant. — La loi impose l'obligation de déclarer la naissance d'un enfant nouveau-né, d'abord au père s'il s'agit d'un enfant légitime. A défaut du père (absent, décédé ou malade), la déclaration incombe aux médecins ou sages-femmes qui ont assisté à l'accouchement, et lorsque la mère est accouchée hors de son domicile, à la personne chez qui elle est accouchée (art. 56). Toutes ces personnes sont tenues indistinctement de cette obligation sans qu'il y ait d'ordre à établir entre elles.

Délai de la déclaration. — La déclaration doit être faite dans le délai de trois jours (1). La loi a prescrit un délai très court afin d'écarter les chances d'inexactitude ou de fraude.

Ce délai se compte depuis et non compris le jour de la naissance, conformément à l'adage usuel *dies a quo non computatur in termino.* Ainsi, une naissance qui s'est produite le 1er doit être déclarée au plus tard le 4.

Sanction pénale. — Le Code civil n'en avait pas établi, il en résulta des abus dans la pratique Le Code pénal combla cette lacune en punissant l'absence de déclaration et la déclaration tardive, de la peine de 6 jours à 6 mois de prison et d'une amende de 16 francs à 300 francs (art. 346, C. P.). Sont passibles de cette peine, non pas toutes les personnes auxquelles la loi impose, nous l'avons vu, l'obligation de déclarer la naissance, mais seulement les personnes qui ont assisté à l'accouchement ; en sorte que le père qui aurait été absent de chez lui, au moment de la délivrance de sa femme, serait à l'abri de toute poursuite. Il y a là un défaut de concordance regrettable entre la loi civile et la loi pénale.

Sanction civile. — Lorsqu'une déclaration de naissance est faite tardivement à l'officier de l'état civil, ce dernier doit se refuser à dresser l'acte. Ce refus ne peut être levé que par un jugement rendu par le tribunal d'arrondissement, comme en matière de rectification d'actes de l'état civil (Avis du Conseil d'Etat du 12 brumaire an XI).

(1) La loi du 21 juin 1903 a porté ce délai à dix jours pour les déclarations de naissance à faire à l'étranger devant les agents diplomatiques ou consulaires. Elle a même donné le droit au Président de la République de prolonger ce délai, par décret dans certaines circonscriptions consulaires, en raison de la distance.

Constatation de la naissance et du sexe. — L'article 55 du Code civil exige que l'enfant soit présenté à l'officier de l'état civil (1), pour qu'il constate *de visu* le fait de la naissance qui lui est déclarée, ainsi que le sexe de l'enfant. Mais, en pratique, en raison des dangers qui résultent du transport du nouveau-né à la mairie et de l'impossibilité où serait le maire, dans les grandes villes, de se transporter lui-même au domicile des parents, les choses se passent autrement. La présentation de l'enfant est remplacée par un certificat de médecin. A Paris et dans les grandes villes existe un corps de médecins « dits de l'état civil » chargés de procéder à domicile, au lieu et place du maire, aux vérifications légales. Et c'est au vu du certificat du médecin délégué que l'acte de naissance est dressé. La loi est sans doute violée, mais cette violation présente plus d'avantages que d'inconvénients.

Rédaction de l'acte de naissance. — *Déclarant et témoins.* — L'acte de naissance doit être rédigé de suite, en présence du déclarant et de deux témoins (art. 56).

Du contenu de l'acte. — L'acte de naissance doit énoncer (art. 57) :

1° Le jour, l'heure et le lieu de la naissance ;
2° Le sexe de l'enfant ;
3° Les prénoms qui lui sont donnés ;
4° Les noms, profession et domicile des père et mère ;
5° Les noms, profession et domicile des témoins.

Enfin, comme tous les actes de l'état civil, il doit être signé par l'officier de l'état civil, par le déclarant et par les témoins, ou mention doit être faite de la cause qui empêche le déclarant et les témoins de signer (art. 39).

** **Indication du nom des père et mère naturels.** — L'indication du nom des père et mère légitimes ne fait aucun doute pour personne. Des difficultés se produisent au contraire en ce qui concerne les père et mère naturels.

Nom du père naturel. — Nous avons dit plus haut que la recherche en justice de la paternité naturelle était interdite en droit français (art. 340). On en a conclu très logiquement que le nom du père naturel ne devait être indiqué dans l'acte de naissance de l'enfant que lorsque le père l'a reconnu par un acte antérieur ou

(1) La loi de 1792, article 1, exigeait que l'enfant fût porté à la mairie et présenté à l'officier public. Elle ajoutait, cependant, qu'en cas de péril imminent, l'officier public serait tenu, sur la réquisition qui lui en sera faite, de se transporter dans la maison où sera le nouveau-né.

lorsqu'il manifeste l'intention de le reconnaître dans l'acte de naissance même. Sur ce point, aucun doute, ni en doctrine ni en jurisprudence.

Nom de la mère naturelle. — En ce qui concerne la mère naturelle il y a plus d'hésitation, parce que la recherche de la maternité est autorisée par la loi (art. 341). Deux questions se posent : l'officier de l'état civil peut-il exiger qu'on lui fasse connaître le nom de la mère, en refusant de dresser l'acte en cas de silence du déclarant ? si. volontairement, on lui fait connaître le nom de la mère, doit-il en faire mention dans l'acte ?

L'officier de l'état civil peut-il exiger du déclarant le nom de la mère ? Ce fait se produit quelquefois en pratique, mais les auteurs sont d'accord pour considérer cette prétention comme illégale. En prescrivant, dans l'article 57, que l'acte de naissance porte le nom du père et de la mère de l'enfant. le législateur s'est placé évidemment dans l'hypothèse de la filiation légitime ; autrement, il faudrait en conclure que le nom du père naturel doit être donné également à l'officier de l'état civil, la loi ayant parlé également du père et de la mère dans cet article. Or nous l'avons vu, c'est une solution que personne n'admet. La solution contraire aurait, en outre, la grave inconvénient : d'imposer aux médecins ou sages-femmes la violation d'un secret professionnel, et peut-être celui, plus grave encore, de déterminer la fille-mère à l'avortement ou à l'infanticide par peur du scandale.

L'officier de l'état civil doit il mentionner dans l'acte le nom de la mère naturelle, si on le lui a fait connaître volontairement ? Sur ce point l'incertitude règne dans la doctrine et dans la jurisprudence.

Cependant, l'opinion la plus générale est en faveur de la solution affirmative (1). Sans doute, nous le verrons, l'acte de nais-

(1) Dans ce sens Aubry et Rau, I, n° 60, note 8 ; Planiol, I, n° 514. En sens contraire, on objecte que l'officier de l'état civil ne doit mentionner dans les actes qu'il reçoit que ce qui doit être déclaré par les comparants (Baudry-Lacantinerie, I, n° 274). On a essayé de répondre à cette objection en disant qu'il s'agit ici de parenté naturelle et que la constatation de cette parenté par acte de l'état civil suppose toujours un acte volontaire (Planiol I, n° 514) Mais cette réponse à l'objection ne nous paraît pas satisfaisante ; il ne s'agit pas ici de reconnaissance d'enfant naturel et l'indication du nom de la mère peut être faite, en dehors de celle-ci et contre son gré. Toutefois pour le motif indiqué au texte nous croyons que l'opinion de la majorité des auteurs doit être acceptée.

sance ne peut pas servir de preuve complète de la filiation naturelle ; mais l'indication du nom de la mère dans l'acte sera un commencement de preuve qui facilitera à l'enfant la recherche de la maternité naturelle. Cela doit suffire pour que le nom de la mère soit mentionné dans l'acte.

Du cas spécial d'un enfant trouvé. — Toute personne qui trouve un enfant nouveau-né est obligée de le remettre à l'officier de l'état civil, ainsi que les vêtements et autres effets trouvés avec l'enfant. L'officier de l'état civil dresse un procès-verbal relatant les circonstances du temps et du lieu où l'enfant a été trouvé, son âge apparent, son sexe, les noms qui lui seront donnés et l'autorité civile à laquelle il sera remis. Ce procès-verbal inscrit sur les registres de l'état civil tient lieu à l'enfant d'acte de naissance (art. 58).

Du cas spécial d'un enfant-mort-né. — Lorsqu'on présente à l'officier de l'état civil un enfant mort-né, il ne doit pas dresser un acte de naissance et un acte de décès. Ce serait préjuger la question de savoir si l'enfant a vécu, ne fût-ce qu'un instant, après sa sortie du sein de sa mère, ce qui peut avoir, dans certains cas, une grande importance au point de vue successoral. L'officier de l'état civil dresse un acte de décès, dans lequel il constate qu'on lui a présenté un enfant sans vie (Décret du 14 juillet 1806).

b) *Actes de décès.*

Réglementation des inhumations. — *Double danger à redouter.* — En matière d'inhumation, un double danger est à redouter : Celui des inhumations tardives, qui peuvent être dangereuses au point de vue de l'hygiène publique, et celui des inhumations trop précipitées, qui peuvent faire disparaître les traces d'un crime ou qui exposent les individus à être enterrés vivants.

C'est surtout de ce dernier danger que la loi s'est préoccupée, comptant beaucoup sur l'initiative privée pour éviter les inconvénients du premier (1).

Du permis d'inhumer. Forme. Délai. — L'inhumation ne peut avoir lieu qu'avec une autorisation de l'officier de l'état civil. Cette autorisation est délivrée sur papier libre et sans frais, et l'officier de l'état civil ne peut la délivrer qu'après s'être assuré

(1) Cependant l'art. 93 de la loi municipale du 5 avril 1884 a pris des mesures pour assurer l'inhumation des indigents.

du décès. Mais en pratique, la constatation du décès n'a pas plus lieu que celle de la naissance ; on s'en remet au certificat du médecin qui a soigné le malade, ou au médecin de l'état civil, à Paris et dans les grandes villes.

Le permis d'inhumer ne peut, en principe, être délivré qu'après l'expiration d'un délai de vingt-quatre heures après le décès. Cependant, ce délai cesse d'être obligatoire, s'il y a urgence, notamment en cas de maladie contagieuse ou épidémique (Décret du 27 avril 1889, art. 1er).

Caractère des funérailles. Mode de sépulture. — La loi du 15 novembre 1887 sur la liberté des funérailles autorise toute personne, majeure ou mineure émancipée, en état de tester, à régler dans un acte fait dans la forme des testaments, le caractère religieux ou civil de ses funérailles, et le mode de sépulture, inhumation ou incinération.

A défaut d'un semblable acte, ces questions sont réglées par la famille ; et en cas de contestation, l'affaire est jugée rapidement par le juge de paix du lieu du décès, sauf appel devant le président du tribunal.

Déclaration du décès. — La loi prescrit que la déclaration du décès soit faite par deux témoins. Ces témoins seront, autant que possible, les deux plus proches parents ou voisins, ou lorsqu'une personne sera décédée hors de son domicile, la personne chez laquelle elle sera décédée (art. 78).

Mais la loi n'indique, ni délai pour cette déclaration, ni sanction pour son omission.

La loi est cependant observée en pratique ; une circulaire ministérielle de 1882 prescrivait aux maires de ne délivrer le permis d'inhumer qu'après que l'acte de décès a été rédigé.

Rédaction de l'acte de décès. — *Déclarant et témoin.* — Tandis que, pour l'acte de naissance, la loi exige qu'il y ait un déclarant et deux témoins, en ce qui concerne l'acte de décès, elle requiert la présence de deux témoins, dont l'un joue ainsi à la fois le rôle de déclarant et celui de témoin.

Mentions insérées dans l'acte. — L'acte de décès doit contenir (art. 79) :

1° Les prénoms, nom, âge, profession et domicile de la personne décédée ;

2° Les prénoms et nom de son époux, si la personne décédée est mariée ou veuve ;

3° Les prénoms, noms âge, profession et domicile des déclarants, et, s'ils sont parents. leur degré de parenté.

4° Enfin. autant que faire se pourra, les prénoms, noms, profession et domicile des père et mère du décédé, et le lieu de sa naissance.

En outre, comme nous l'avons dit pour l'acte de naissance, l'acte doit être signé par l'officier de l'état civil, par les comparants et les témoins, ou mention doit être faite de la cause qui empêche les comparants et les témoins de signer (art. 39, C. civ.).

Indication du jour et de l'heure du décès — Il n'est question, au nombre des mentions que doit contenir l'acte de décès, ni du jour, ni de l'heure du décès (1). A cet égard, il est intéressant de rapprocher l'article 57 et l'article 79. Pour les actes de naissance, dans l'article 57, la loi exige formellement qu'on indique le jour et l'heure de la naissance ; tandis que pour les actes de décès, l'article 79 est muet sur ces deux points. Et cependant, ces deux mentions ont beaucoup plus d'importance dans l'acte de décès, au point de vue du règlement des successions (2) que dans l'acte de naissance.

En pratique, on indique toujours dans l'acte de décès le jour et l'heure du décès. Mais alors se pose la question suivante : quelle est la valeur d'une semblable indication ? Les avis sont très partagés.

Dans une première opinion, on refuse à cette mention aucune force probante. Ce serait un simple renseignement qui ne lierait pas le juge. D'abord, dit-on, c'est une mention que la loi ne prescrit pas à l'officier de l'état civil D'autre part, il serait dangereux d'ajouter foi sur ce point aux indications contenues dans l'acte de décès, parce qu'elles sont fournies par les proches parents du défunt, qui seront trop portés à faire des déclarations plutôt conformes à leur intérêt qu'à la réalité des faits (3).

(1) L'ordonnance de 1667 exigeait cette mention dans les actes de sépulture. Mais la loi du 20 septembre 1792 n'en parle pas. Les rédacteurs du Code ont reproduit purement et simplement le texte de cette loi.

(2) Pour s'en rendre compte, il suffit de supposer le père et son enfant unique mourant à peu d'intervalles de distance laissant la mère veuve. Si le père est mort le premier, l'enfant a recueilli sa succession et l'a transmise en mourant à sa mère. Si c'est l'enfant qui est mort le premier, il n'a pu succéder à son père. La fortune de ce dernier ira à ses parents légitimes, la mère n'aura que les droits du conjoint survivant.

(3) Dans ce sens, Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, I, n° 281 ; Demolombe, I, 304.

Dans une seconde opinion (1), qui nous paraît préférable, on décide que l'acte de décès fait foi en justice du jour et de l'heure du décès jusqu'à preuve contraire.

C'est par suite d'un oubli, dit-on, que les rédacteurs du Code, reproduisant à cet égard la loi de 1792, ont omis d'exiger l heure et le jour du décès dans la rédaction de l'acte, et nullement de propos délibéré.

On ajoute, que la mention qui en est faite dans l'acte offre de grandes garanties d'exactitude ; car l'acte de décès est dressé à la suite d'une vérification faite par un médecin, qui peut contrôler d'une façon à peu près certaine, à quelques heures près, le moment exact de la mort. Cette mention doit, en tous cas, mériter plus de crédit que les témoignages que l'on pourrait recueillir, ou les expertises médicales auxquelles on pourrait avoir recours longtemps peut-être après le décès. Il est donc rationnel d'y ajouter foi jusqu'à ce qu'elle soit démontrée fausse par une preuve contraire non équivoque.

Constatation de décès par jugement. Raison d'être d'une semblable constatation. — Toutes les fois qu'un décès est le résultat d'un accident, d'une catastrophe ou d'un crime, et que le corps de la victime n'est pas retrouvé, un acte de décès ne peut être dressé dans la forme ordinaire, bien qu'il y ait certitude absolue de mort, parce que la constatation matérielle du décès n'est pas possible. Et cependant il fallait procurer un moyen de preuve du décès aux personnes qui ont à exercer des droits subordonnés à cet événement. C'est ce que le législateur a fait en permettant au tribunal d'arrondissement de constater le décès par jugement. Malheureusement il n'existe pas de texte général conférant ce pouvoir au tribunal dans tous les cas ; c'est seulement dans un petit nombre d'hypothèses que de semblables jugements peuvent être rendus.

Hypothèses prévues par des lois spéciales. — Les hypothèses prévues par des lois spéciales sont au nombre de trois (2) :

1° Accident dans les mines (loi du 3 janvier 1813, art. 18 et 19).

(1) Dans ce sens, Aubry et Rau, *op. cit.*, § 61 ; Planiol, I, n° 539.

(2) D'autres hypothèses sont possibles pour lesquelles il n'y a pas de texte semblable. Citons par exemple le naufrage ou une noyade dans une rivière, un incendie comme celui du Bazar de la charité rendant beaucoup de corps méconnaissables, etc.

En pareil cas, les tribunaux consentent bien à rendre des jugements déclaratifs de décès. Mais ils ont une valeur purement relative comme tous les jugements en général.

— Lorsqu'on ne peut parvenir à l'endroit où sont les corps des ouvriers un procès-verbal est dressé par le maire ; sur réquisition du ministère public auquel le procès-verbal doit être transmis, le tribunal d'arrondissement ordonne son annexion aux registres : l'officier de l'état civil doit le transcrire sur ses registres pour servir d'acte collectif de décès aux ouvriers qui ont disparu.

2° Disparition en mer (loi du 8 juin 1893). — Deux cas sont prévus par cette loi (art. 87, 88, 90 à 92 nouveaux, C. civ.) :

a) Une personne présente à bord, tombe à l'eau sans que son corps soit retrouvé : un procès-verbal de disparition est dressé par l'autorité du bord (art. 87 nouveau).

b) Un navire se perd avec son équipage et ses passagers, en totalité ou en partie. Le procès-verbal de disparition est remplacé par une décision du ministre de la marine, rendue après enquête, déclarant la présomption de perte du bâtiment ou la perte de tout ou partie de l'équipage ou des passagers.

Le procès-verbal de disparition et la décision du ministre de la marine sont transmis à l'autorité judiciaire qui prononce la déclaration de décès. Le jugement est transcrit, à sa date, sur le registre des décès du dernier domicile, ou si celui-ci est inconnu, à Paris.

3° Disparition de marins ou de militaires aux colonies, etc. (loi du 8 juin 1893, art. 89 nouveau, C. civ.). Pour les marins morts aux colonies, dans les pays de protectorat ou lors des expéditions d'outre mer, la loi de 1893 contient les mêmes dispositions que pour la perte d'un navire.

Autorité absolue des jugements déclaratifs de décès. — Les jugements déclaratifs de décès rendus, dans les hypothèses précédentes, tiennent lieu d'actes de l'état civil ; ils n'ont donc pas une autorité relative comme des jugements ordinaires, mais une autorité absolue. Ils sont opposables aux tiers qui peuvent seulement en obtenir la rectification (art. 92, C. civ.).

§ 3. — De l'autorité de la chose jugée en matière d'état et de capacité.

Exposé général de la question. — Nous avons eu plusieurs fois déjà l'occasion de faire allusion à cette règle essentielle de

(1) Consulter sur cette question Chéneaux, *De l'autorité de la chose jugée dans les questions d'état*, thèse Bordeaux, 1895.

notre droit que l'autorité qui s'attache à la chose jugée est relative : c'est-à-dire qu'elle ne peut être opposée ni aux tiers, ni par les tiers (art. 1351). Il nous faut rechercher une fois pour toutes, si cette règle s'applique aux jugements en matière d'état et de capacité des personnes.

Solution du principe : autorité relative des jugements. — Il faut dire sans hésiter que la règle de l'autorité relative des jugements s'applique à l'état et à la capacité des personnes. C'est là une règle générale qui, bien que placée au titre des contrats et obligations, dans l'article 1351, présente une portée d'application absolue. Le législateur l'a du reste formellement reconnue lui-même, en en faisant l'application dans l'article 100, aux jugements de rectification des actes de l'état civil, ainsi que nous l'avons expliqué plus haut.

Cette opinion est aujourd'hui admise d'une façon à peu près unanime par les auteurs (1).

Objections formulées contre cette solution. — Cette solution a soulevé de nombreuses objections qu'il faut examiner successivement pour les réfuter.

1° *Objection tirée des précédents historiques.* — Dans notre ancien droit, dit-on, les jugements relatifs à l'état des personnes avaient une portée absolue du moment qu'ils étaient rendus contre le *légitime contradicteur*. Cette solution, proposée par D'Argentré, ne faisait plus aucun doute au XVIII[e] siècle. Il est donc naturel de supposer que les rédacteurs du Code ont entendu, par leur silence, la consacrer définitivement dans notre droit moderne On a répondu avec raison (2) : que cette théorie du contradicteur légitime n'est pas mentionnée dans Pothier ; qu'elle a été combattue, pendant la période intermédiaire par Merlin, dans son grand répertoire ; qu'enfin les travaux préparatoires du Code n'y font nullement allusion. D'ailleurs, à qui faudrait-il reconnaître la qualité de contradicteur légitime, ayant qualité d'après la loi pour représenter aux yeux de tous, les membres de chaque famille ? On serait bien embarrassé pour le dire, surtout après le décès du père et de la mère.

2° *Objection tirée de l'indivisibilité de l'état et de la capacité.* — On a dit : l'état et la capacité sont indivisibles ; on a telle qualité ou on ne l'a pas ; on est français ou étranger, enfant légitime

(1) Voir cependant Bonnier, *Traité des preuves*, § 889.
(2) Paniol, *op. cit.*, n° 469.

ou enfant naturel, mais on ne peut pas être l'un et l'autre en même temps.

Or, le système de l'autorité relative peut aboutir à des résultats semblables, absolument inadmissibles, puisqu'un jugement, rendu dans un sens déterminé par un tribunal, sur une question d'état, peut être contredit par un jugement postérieur, rendu en sens contraire. On a également répondu (1) : sans doute, à l'égard de la même personne, on ne peut pas avoir deux qualités différentes ; mais on peut très bien avoir telle qualité, celle d'enfant légitime, de propriétaire, d'usufruitier vis-à-vis d'une personne et ne pas avoir cette qualité à l'égard d'une autre personne. C'est précisément à cette conséquence qu'aboutit le caractère relatif de l'autorité de la chose jugée : et dire que cela n'est pas admissible, c'est en somme commettre une véritable pétition de principe, en voulant trancher la question par la question.

3° *Objection tirée de la place occupée dans le Code par l'article* 1351. — On a dit encore : l'article 1351, qui contient la règle que la chose jugée a une autorité purement relative, se trouve au titre des contrats et obligations ; dès lors, il faut en limiter l'application aux jugements ayant trait aux intérêts pécuniaires et aux droits patrimoniaux ; mais il n'y a pas lieu de l'étendre aux questions d'état et de capacité. — On peut répondre à cette objection que les dispositions contenues dans le chapitre VI, où se trouve l'article 1351, ont une portée générale et dominent toutes les matières du droit civil. Les rédacteurs du Code l'ont formellement reconnu en appliquant cet article aux jugements de rectification des actes de l'état civil (art. 100).

4° *Objection tirée des inconvénients pratiques de la relativité du jugement.* — Enfin, on invoque les inconvénients qui peuvent résulter de l'autorité relative du jugement ; une question d'état résolue par un premier jugement peut être remise en cause et donner lieu à un jugement en sens contraire. Ainsi, il a été décidé dans un premier jugement que Primus était le fils légitime de Secundus. Ce jugement n'empêchera pas Primus de poursuivre Tertius pour faire reconnaître qu il est son enfant légitime. S'il obtient encore gain de cause sur ce point d'un autre tribunal, il se trouvera que Primus aura légalement pour pères légitimes, en même temps, Secundus et Tertius ; d'où des difficultés inextricables en ce qui concerne l'exercice de la puissance paternelle. — Nous

(1) Planiol, I, nos 460.

avons répondu par avance à cette objection (1). Les inconvénients que l'on signale sont purement théoriques : il n'y a pas lieu de les redouter sérieusement dans la réalité : parce que lorsqu'un jugement aura fixé l'état d'une personne dans tel sens, il y a presque certitude que cette décision serait respectée, soit par le même tribunal, soit par un autre tribunal, si la même question était soulevée entre personnes différentes.

Des exceptions au principe : Autorité absolue de la chose jugée. — Par exception, l'autorité de la chose jugée est absolue et le jugement rendu est opposable à tous dans trois séries d'hypothèses ;

1° *Dans certains cas prévus formellement par la loi.* — Il en est ainsi, nous l'avons vu, pour les déclarations judiciaires de décès d'après les lois de 1813 et de 1893. Nous renvoyons sur ce point à ce que nous avons dit plus haut à ce sujet (2).

2° *Lorsque l'exercice de l'action est concentré entre les mains d'une seule personne.* — Dans ce cas le jugement rendu à l'égard de cette personne doit être considéré comme étant la vérité légale à l'égard de tout le monde. Il en est ainsi dans le cas de l'action en désaveu de paternité, que le père seul peut intenter de son vivant. Le jugement rendu sur sa demande est opposable à tous (3).

3° *Lorsqu'un jugement, au lieu d'être purement déclaratif, est constitutif d'un état de choses nouveau.* — Il en est ainsi notamment : des jugements qui prononcent un divorce, une séparation de corps, une nullité de mariage, une séparation de biens, une interdiction judiciaire, ou une dation de conseil judiciaire.

On ne se trouve pas alors en présence d'un jugement proprement dit ; mais plutôt en face d'un acte d'autorité accompli par le tribunal et dont les effets doivent être absolus.

CHAPITRE IV. — DU NOM DES PERSONNES.

Définition. — Différence avec le prénom. — Le nom est ce qui sert à désigner chaque individu et à le distinguer des autres.

(1) V. *suprà*, p. 58, note.
(2) V. *suprà*, p. 66.
(3) On se rapproche ici de la conception ancienne du contradicteur légitime.

On l'appelle souvent « nom de famille » ou « nom patronymique » parce qu'il est commun à tous ceux qui appartiennent à la même famille en descendant d'un même auteur commun.

On l'oppose au prénom, qui s'ajoute au nom pour distinguer les différents membres d'une même famille les uns des autres.

Cette distinction entre le nom et le prénom n'est pas purement théorique ; elle offre un double intérêt pratique :

1° On ne peut avoir qu'un seul nom, tandis qu'on peut avoir et on a, en fait, généralement, plusieurs prénoms.

2° L'attribution du nom n'est pas libre, elle est la conséquence directe de l'état des personnes. Au contraire, il est loisible aux parents de donner aux enfants les prénoms qu'ils désirent, pourvu qu'ils soient pris dans les différents calendriers en usage, ou parmi les noms des personnages connus de l'histoire ancienne (Loi du 11 germinal an XI, titre Ier, art. 1er).

Comment s'acquiert le nom. — Il faut distinguer suivant les cas.

Enfants légitimes. — Les enfants légitimes acquièrent le nom de leur père, de plein droit, par le fait même de leur naissance. La loi le dit implicitement dans l'article 57 ; énumérant les mentions que l'acte de naissance doit contenir, il parle bien des prénoms qui lui seront donnés, du nom des père et mère, mais ne dit rien du nom de l'enfant.

Enfants naturels. — L'enfant naturel prend le nom de celui des deux parents qui l'a reconnu. Si, ayant été reconnu tout d'abord par sa mère, il l'est ensuite par son père, il cesse de porter le nom de sa mère pour prendre désormais celui de son père.

Enfants trouvés. — Le nom des enfants trouvés est réglé par une circulaire ministérielle du 30 janvier 1812. Il leur est donné par le maire lorsque l'enfant lui est porté directement, sinon par le directeur de l'hospice où il est placé. Ce nom est provisoire ; il le perdra pour prendre celui de son père ou de sa mère, si une reconnaissance survient dans la suite.

Enfants adoptifs. — Les enfants adoptifs joignent à leur nom d'origine celui de l'adoptant. Lorsque l'adoption est faite par une femme mariée, sans qu'il y ait adoption par le mari, c'est le nom de jeune fille de la mère adoptive qui s'ajoute à celui de l'enfant (1).

Influence du mariage sur le nom de la femme. — La femme en

(1) Voir note 2, p. 71.

se mariant acquiert le nom de son mari (1) qu'elle prend désormais dans les actes judiciaires et extrajudiciaires au lieu et place de son nom de jeune fille. Cette solution n'est contenue dans aucun texte de loi, mais elle est consacrée par une coutume universelle qui a force de loi. Règle tout à fait rationnelle et pratique. Rationnelle, puisque le mari est chef de l'association conjugale et qu'en se mariant la femme est élevée au rang et à la dignité de son mari ; pratique, parce que, de cette façon, la femme ayant le même nom que le mari, les enfants prennent naturellement ce nom à leur tour. Avec le système contraire, on aurait été tenté de donner à l'enfant le nom de son père et de sa mère ; il aurait eu ainsi deux noms ; ses enfants en auraient eu quatre, et ses petits-enfants huit, ce qui eût été bien incommode.

Il en résulte que la véritable signature de la femme mariée est celle de son mari (2).

Comment le nom se perd. — Le nom se perd par le divorce et quelquefois par la séparation de corps.

Effet du divorce sur le nom des époux. — Ni le Code civil, ni la loi du 27 juillet 1884, qui a rétabli le divorce, n'avaient réglé la question du nom de la femme divorcée ; la jurisprudence rendait des décisions contradictoires.

La difficulté a été tranchée par la loi du 5 février 1893 (art. 299 nouveau, C. civ.). « Par l'effet du divorce, dit ce texte, chacun des époux reprend l'usage de son nom. » La femme perd donc désor-

(1) Dans ce sens Beudant, *op. cit.*, *Introduction*, p. 63 et 64 et I, p. 420 et 421. Cette solution paraît bien consacrée par la loi du 6 février 1893,dont nous parlons plus loin, et qui enlève à la femme divorcée le droit de porter le nom du mari ; c'est la reconnaissance implicite que ce droit lui est acquis par le mariage. L'opinion contraire est cependant soutenue par M. Planiol au n° 372 ; et cependant au n° 376 il est obligé de reconnaître que la femme mariée acquiert un véritable droit de jouissance sur le nom de son mari et qu'en signant du nom de son mari elle emploie la forme naturelle de sa signature ; solutions qui paraissent difficiles à concilier. La pratique administrative et notariale est assez flottante à cet égard. Bien des notaires et beaucoup d'administrations publiques se refusent à indiquer dans leurs actes les femmes mariées par le nom de leur mari seul ; ils donnent à la femme son nom de jeune fille, suivie du nom de leur mari : madame Emilie X, femme de M. Y.

(2) Mais la femme ne peut pas disposer au profit d'autrui du nom de son mari. C'est pourquoi : au cas de désaveu de paternité, l'enfant prend le nom de sa mère ; de même, l'enfant, qui n'est adopté que par la femme,et non par le mari, prend le nom de sa mère adoptive. Planiol, I, n° 373. Ces deux solutions se concilient donc très bien avec la théorie développée dans le texte.

mais le droit qu'elle avait en se mariant de porter le nom de son mari ; elle reprend son nom de jeune fille.

Il en est autrement quand le mariage se dissout par le prédécès du mari, la femme veuve continue à porter le nom de son ancien mari ; elle ne le perd que par une nouvelle union.

Quant au mari, s'il avait joint à son nom celui de sa femme, comme c'est l'usage dans certaines régions, il doit cesser de se servir du nom de sa femme au cas de divorce.

Effet de la séparation de corps sur le nom des époux. — La séparation de corps, ne mettant pas fin au mariage devrait être, semble-t-il, sans influence sur le nom de la femme. Il en est bien ainsi en principe ; mais la femme peut avoir dans certains cas un légitime intérêt à ne plus porter le nom de son mari ; il peut se faire aussi que le mari ait grand intérêt à ce que sa femme cesse de faire usage de son nom. La loi de 1893 a laissé au tribunal le soin d'apprécier ces circonstances particulières et lui a permis, en conséquence, d'interdire à la femme de porter le nom de son mari, ou de l'autoriser à ne pas le porter. Dans le cas où le mari aurait joint à son nom celui de sa femme, celle-ci pourra obtenir du tribunal qu'il soit interdit à son mari de le porter (art. 311 nouveau, C. civ.).

Comment le nom peut être changé. — Le changement de nom ne peut être le résultat de la seule volonté de chaque individu. Il ne peut avoir lieu qu'avec l'autorisation du pouvoir exécutif, et en suivant une procédure particulière établie par la loi du 11 germinal an XI. Cette autorisation est accordée par décret après avis du Conseil d'Etat ; elle ne produit son effet qu'un an après l'insertion du décret au Bulletin des lois. Pendant ce délai, les tiers intéressés peuvent faire opposition au décret et le faire rapporter par le gouvernement.

Sanction des règles précédentes. — La réglementation du nom comporte une double sanction : une sanction pénale et une sanction civile.

Sanction pénale. — Le Code pénal punit d'une amende de 500 francs à dix mille francs, celui qui, *en vue de s'attribuer une distinction honorifique*. aura publiquement changé, altéré ou modifié le nom que lui assignent les actes de l'état civil (art. 259, C. proc.).

En outre, la peine du faux est applicable à celui qui signe un acte d'un autre nom que du sien, pourvu d'ailleurs que toutes les

conditions du crime de faux se trouvent réunies (art. 147, C. proc.).

En dehors de ces deux cas, aucune sanction pénale n'existe ; aussi, de nombreuses supercheries sont-elles commises dans la rédaction des actes de l'état civil, pour s'attribuer une particule de ou d', que, par une erreur commune, on considère comme un signe de noblesse.

Sanction civile. — Celui au détriment duquel une usurpation de nom est commise peut agir en dommages-intérêts contre l'auteur de cette usurpation. La jurisprudence, partant de cette idée que le nom est une véritable propriété pour celui qui le porte, n'exige pas du réclamant la justification d'un dommage souffert (1).

*** CHAPITRE V. — DU DOMICILE DES PERSONNES.

Notions préliminaires.

Définition. — D'après l'article 102 du Code civil, le domicile est le lieu où la personne a son principal établissement, c'est-à-dire le siège principal de sa demeure et le centre de ses intérêts et de ses affaires (2) ; c'est le siège légal de la personne. Elle est censée s'y trouver, pour l'accomplissement des actes juridiques qui la concernent, d'une façon continue et permanente, quand même, en fait, elle en serait momentanément éloignée.

Sa raison d'être. — Il était indispensable d'assigner ainsi à chaque personne un siège légal, régulier et constant. Sans cela, l'exercice des droits aurait été plus difficile et plus incertain, sinon impossible. En sorte qu'on peut dire sans exagération que le domicile forme le complément nécessaire de la personnalité juridique.

Différence entre domicile, résidence et habitation. — On doit avoir soin de distinguer le domicile de la résidence et de l'habitation.

(1) Cette solution est très critiquée : Planiol, I, nos 379 et suivants.

(2) Pothier disait : « c'est le lieu où une personne a établi le siège principal de sa demeure et de ses affaires », Introduction générale aux coutumes, n° 8. Une constitution de Dioclétien dit «.... ubi quis larem, rerum que ac fortunarum suarum summam constituit ; unde rursus non sit discessurus si nil avocet ; undè cum profectus est, peregrinari videtur : quod si rediit, peregrinari, jam destitit » (C. 7.10.39).

La résidence est le lieu où la personne séjourne habituellement. La résidence implique une certaine fixité comme le domicile ; d'autre part, on a généralement son domicile là où l'on a sa résidence. Il ne faut pas cependant les confondre. La résidence est le centre de la vie matérielle de chaque individu, tandis que le domicile est en quelque sorte le centre de sa vie juridique. Nous verrons qu'on peut avoir son domicile là où on ne réside pas, et quelquefois même, là où on n'a jamais résidé. Nous dirons aussi plus loin qu'on ne peut avoir qu'un domicile, tandis qu'on peut avoir plusieurs résidences (1).

Quant à l'habitation, c'est l'endroit où l'on se trouve, même d'une façon accidentelle. C'est un fait qui n'éveille aucune idée juridique, comme le domicile, ni aucune idée de fixité et de durée, comme la résidence.

Exemple : Un commerçant a sa maison de banque à Paris, il demeure à Versailles et il passe le mois d'août à Dieppe avec sa famille. On dira qu'il a son domicile à Paris, sa résidence à Versailles et qu'il habite pendant le mois d'août à Dieppe.

Diverses sortes de domicile. — On distingue deux sortes de domicile :

le domicile général ;

et les domiciles spéciaux.

Le domicile général, qu'on appelle aussi domicile ordinaire ou réel, est celui qui concerne l'ensemble des droits qu'une personne peut avoir à exercer.

C'est celui auquel nous avons pensé en donnant plus haut la définition du domicile.

Les domiciles spéciaux sont ceux qui concernent l'exercice de certains droits déterminés ou l'exécution de certains actes juridiques.

Diverses espèces de domiciles spéciaux. — On distingue plusieurs espèces de domiciles spéciaux :

1° Le domicile politique, qui est le lieu où le citoyen exerce ses droits politiques.

2° Le domicile de secours, qui est le lieu où l'indigent peut réclamer des secours médicaux (loi du 24 vendémiaire an II et loi du 15 juillet 1893 sur l'assistance médicale gratuite).

(1) Cette confusion est commise par le Code civil allemand qui, dans son article 7, s'exprime ainsi : « Celui qui réside d'habitude dans un lieu, y a son domicile ». Traduction de la Grasserie, p. 2.

3° Le domicile matrimonial qui est le lieu où l'individu peut se marier (art. 74 et 165, C. civ.).

4° Le domicile élu ou domicile d'élection, dont il sera parlé plus loin.

Division du chapitre. — Nous diviserons le chapitre V en deux paragraphes :

§ 1. Du domicile général.

§ 2. Du domicile d'élection.

Nous laissons de côté le domicile politique et le domicile de secours qui sont en dehors du domaine du droit civil ; quant au domicile matrimonial, il en sera question plus loin à propos du mariage.

§ 1. — Du domicile général.

Division du paragraphe. — Notre 1er paragraphe comprendra quatre subdivisions :

a) Principes essentiels en matière de domicile.

b) Du domicile imposé par la loi à certaines personnes.

c) Du domicile volontaire, son établissement, son transfert et sa détermination.

d) Des conséquences juridiques du domicile et de la résidence.

a) *Principes essentiels en matière de domicile.*

Deux principes fondamentaux. — Deux principes fondamentaux se dégagent de la réglementation légale du domicile.

Toute personne a un domicile ; et chaque personne ne peut avoir qu'un domicile.

1er principe : Toute personne a un domicile. — Cette règle résulte de deux articles du Code :

D'abord, de l'article 102 : « Le domicile de *tout* français..... est... ». Donc, tout français a un domicile ; puis, de l'article 103 qui parle de changement de domicile et non pas de l'acquisition pure et simple d'un domicile. Cela suppose bien que toute personne, qui acquiert un domicile nouveau, en avait précédemment un qu'il perd désormais. En venant au monde, l'enfant acquiert le domicile de son père ou de son tuteur, et il le conserve tant qu'il n'en acquiert pas un autre par lui-même. Enfin, nous avons vu plus haut, que le domicile était un attribut de la personnalité juridique. Toute personne doit avoir un domicile comme une

nationalité, comme il a un état de famille, comme il a une capacité juridique.

Cette solution a été contestée (1), on lui a opposé les objections suivantes :

On a dit : « il y a des familles de bohémiens et de saltimbanques qui vivent de temps immémorial à l'état nomade, ce qui exclut toute espèce de domicile » (2).

On peut répondre : le domicile de ces personnes est inconnu sans doute, mais il n'en existe pas moins théoriquement. En remontant aux ancêtres d'un de ces individus, on en trouverait bien un qui avait un domicile qu'il a transmis successivement à travers les générations à ses descendants actuels (3).

On a invoqué l'article 59 du Code de procédure qui autorise d'assigner le défendeur devant le tribunal du lieu de sa résidence, « s'il n'a pas de domicile ». On a répondu à cette objection que cet article devait être entendu dans le même sens que l'article 69, § 8, relatif à « ceux qui n'ont aucun domicile connu en France » : la loi, en parlant d'absence de domicile, a voulu dire absence de domicile connu.

Il peut donc arriver que le domicile d'une personne soit inconnu, mais elle n'en a pas moins un domicile ; de même que l'enfant, né de père et mère inconnus, n'en a pas moins un père et une mère.

2° Principe : Chaque personne ne peut avoir qu'un domicile. — Le principe de l'unité de domicile, qui n'était pas absolu dans notre ancien droit, a été affirmé au cours des travaux préparatoires du Code civil, tant au Tribunat qu'au Conseil d'Etat. Il résulte d'ailleurs nettement, quoique d'une façon implicite, des textes eux-mêmes du Code (4) ;

De l'article 102, qui place le domicile au *principal* établissement de chacun ; or, un seul établissement peut être considéré comme étant véritablement principal ;

Et de l'article 105, relatif au transfert du domicile, qui suppose

(1-2) Planiol, I, n° 619.

(3) Baudry-Lacantinerie, I, n° 315. D'ailleurs, la définition que le Code pénal donne des vagabonds ou gens sans aveu confirme cette solution. Article 270 : « Ce sont ceux qui n'ont ni domicile certain... ; » cela suppose qu'ils ont un domicile, mais qu'il est impossible ou difficile à déterminer.

(4) Le Code civil allemand (art. 7) admet qu'on peut avoir un domicile en plusieurs endroits.

bien qu'on ne peut acquérir un nouveau domicile qu'en perdant l'ancien (1).

Quelquefois on sera embarrassé dans la pratique pour déterminer le lieu du domicile d'une personne qui aurait dans deux communes des établissements d'égale importance ; ce sera aux tribunaux à rechercher quel est des deux celui qui doit être considéré comme le principal.

**b) *Du domicile imposé par la loi à certaines personnes.*

Enumération. — Il est un certain nombre de personnes dont c'est la loi elle-même qui détermine le domicile. On appelle souvent ce domicile, domicile *légal* ou de *droit*. par opposition à celui que l'individu peut se choisir, et qu'on nomme domicile de *fait* ou *volontaire* (2).

Les personnes qui ont un domicile légal sont :

1° Les fonctionnaires inamovibles ;

2° Les mineurs non émancipés ;

3° Les majeurs interdits ;

4° Les femmes mariées ;

5° Les personnes qui servent ou travaillent habituellement chez autrui.

Nous allons dire un mot de ces différents cas.

1° Fonctionnaires inamovibles. — Les fonctionnaires inamovibles ont leur domicile dans le lieu où ils exercent leurs fonctions (art 107).

Par fonctionnaires inamovibles, il faut entendre ceux qui sont nommés à vie et qui sont irrévocables.

Tels sont : les juges près les tribunaux de première instance, les conseillers à la Cour d'appel, à la Cour de cassation, à la Cour des comptes.

(1) Pour faciliter l'exercice des actions en justice contre les Compagnies de chemins de fer, la jurisprudence admet qu'on peut les assigner devant le tribunal dans le ressort duquel elles ont une gare succursale. On en a conclu que la jurisprudence avait admis que les personnes morales pourraient avoir plusieurs domiciles. Nous verrons plus loin qu'on peut expliquer cette solution par une fiction d'élection de domicile. sans porter atteinte au principe de l'unité du domicile (Voyez cependant Beudant, *op. cit.*, I, n° 162).

(2) On l'appelle quelquefois aussi « domicile de dépendance » parce qu'il est le résultat d'un lien de dépendance entre une personne et une autre, ou « domicile accessoire » parce qu'il est l'accessoire du domicile d'autres personnes ou de certaines fonctions. Beudant, I, n° 157.

Au contraire, n'ont pas de domicile légal :

Les fonctionnaires nommés à vie, mais révocables, comme les préfets et les sous-préfets, les juges de paix, les magistrats du parquet ;

Ni les fonctionnaires irrévocables, dont la fonction est temporaire ; tels que les députés, sénateurs, juges au tribunal de commerce, etc. (art. 106).

La translation du domicile au siège de la fonction est immédiate, dit la loi ; elle a lieu à partir du moment où le fonctionnaire a prêté le serment professionnel. Il en est ainsi, quand même, en fait, il n'a pas encore transféré sa résidence dans ce lieu (1).

2° **Mineurs non émancipés** (2). — Il faut distinguer les enfants légitimes et les enfants naturels.

Enfants légitimes. — Des sous-distinctions s'imposent :

Du vivant du père et de la mère, l'enfant légitime a son domicile chez son père (art. 108).

Si l'un des parents est mort, la tutelle s'ouvre ; l'enfant a son domicile chez son tuteur.

En sorte que si, par suite de certaines circonstances, le père ou la mère survivante ont été écartés de la tutelle, c'est chez le tuteur que sera le domicile de l'enfant, et non chez son père ou sa mère, chez lequel il est obligé cependant de résider. C'est un cas où le domicile est distinct de la résidence.

Enfants naturels. — L'enfant naturel n'a pas de domicile de droit (3) ; il n'a qu'un domicile de fait qui se trouve au lieu où se trouve son principal établissement.

S'il n'a pas été reconnu, il sera domicilié chez son tuteur, s'il en a un, chose rare, en pratique ; ou chez la personne qui en

(1) De sorte que si un conseiller à la Cour de Paris est nommé président de Cour à Aix et qu'il vienne à mourir après avoir prêté serment, mais n'ayant pas encore opéré son déménagement à Aix, c'est dans cette dernière ville, et non à Paris que sa succession s'ouvrira. Ce qui pourra être gênant pour les opérations de la liquidation.

(2) Quant au mineur émancipé, il peut librement se choisir son domicile ; il n'a pas de domicile légal.

(3) L'article 108, qui parle « des père et mère » de l'enfant, se place évidemment dans l'hypothèse d'un enfant légitime ; on doit supposer qu'il en est de même, lors qu'il parle ensuite du tuteur. De sorte que, si l'enfant naturel en tutelle a son domicile chez son tuteur, c'est parce que là est son principal établissement ; c'est un domicile de fait et non de droit. Dans ce sens, Planiol, I, n° 593, et avec une petite divergence, Baudry-Lacantinerie, I, n° 309.

prend soin ; ou à l'hospice auquel il a été confié (Loi du 15 pluviôse an XIII et décret du 19 janvier 1811).

S'il a été reconnu par ses père et mère, ou l'un d'eux, il est domicilié chez celui de ses deux parents qui s'occupe de lui, qui l'élève, et auprès duquel il demeure.

3° **Majeurs interdits** (1). — Les majeurs interdits ont leur domicile chez le tuteur (art. 108).

Il en est ainsi de l'interdit judiciaire et de l'interdit légal.

4° **Femmes mariées**. — *Principe*. — En principe, la femme mariée a son domicile chez son mari.

Il en est ainsi, même s'ils ont une résidence séparée, et quel que soit le régime matrimonial choisi par les époux.

Solution rationnelle ; le mari est chef de l'association conjugale ; la femme est obligée d'habiter avec lui et de le suivre où il juge à propos de résider. Il est naturel qu'elle prenne le nom et le domicile de son mari (art. 214).

Exceptions : — Le domicile légal de la femme disparaît :

1° En cas de séparation de corps. La vie commune cesse ; la femme reprend son entière capacité ; il est logique qu'elle puisse se choisir un domicile librement (loi du 6 février 1893, art. 108 nouveau, C. civ.).

2° En cas d'interdiction légale ou judiciaire du mari. L'exercice de la puissance maritale est suspendu, la femme peut se choisir un domicile. Si elle a été nommée tutrice de son mari, c'est ce dernier qui est domicilié chez elle, conformément aux règles précédentes (2).

D'après la jurisprudence (3), la femme mariée qui est autorisée à faire le commerce, peut avoir, pour tout ce qui touche à ses opérations commerciales, un domicile distinct de celui de son mari. Mais cette solution est très contestable ; la détermination du domicile légal de la femme mariée est d'ordre public ; le mari ne peut l'écarter en l'autorisant à faire le commerce (4).

(1) La personne pourvue d'un conseil judiciaire comme le mineur émancipé n'a pas de domicile légal.

(2) Lorsque c'est une tierce personne qui a été chargée de la tutelle, le domicile du mari est chez ce tuteur ; doit-on en dire de même de celui de la femme ? non évidemment ; la puissance maritale est suspendue, elle ne passe pas au tuteur du mari ; la femme cesse d'avoir un domicile de droit. Aubry et Rau, *op. cit.*, § 143, note 7 ; Planiol, I, n° 603. En sens contraire, Demolombe, I, 363.

(3) Dans ce sens, Cass., 12 juin 1883, D. P. 1883.1.281, S. 1884.1.237 (note de M. Esmein).

(4) Beudant, *op. cit.*, n° 157.

5° **Personnes qui servent ou travaillent habituellement chez autrui**. — Ceux qui servent ou travaillent habituellement chez autrui ont leur domicile légal chez la personne qui les emploie, pourvu que trois conditions soient réunies (art. 109).

1° Il faut qu'ils « servent ou travaillent habituellement chez autrui ».

Qu'ils *servent*, tels les domestiques ;

Ou qu'ils *travaillent*, tels les secrétaires, précepteurs, institutrices, dames de compagnie, etc. ;

Habituellement ; un service ou un travail intermittent ne suffirait pas.

2° Il faut qu'ils demeurent avec la personne qui les emploie et « *dans la même maison* ».

Ici, la loi établit un lien étroit entre le domicile et la résidence.

3° Il faut qu'ils n'aient pas déjà un domicile légal, en vertu de l'article 108.

Il faut donc qu'il ne s'agisse : ni de mineurs non émancipés, ni de femmes mariées.

L'article 109 ne s'applique qu'aux majeurs et aux mineurs émancipés.

c) *Du domicile volontaire, son établissement, son transfert et sa détermination.*

Du domicile volontaire. Etablissement et transfert. — Le domicile volontaire, par opposition au domicile légal ou de droit, est celui qu'une personne peut se choisir librement.

Les personnes qui ont le droit d'avoir un domicile volontaire sont celles qui ne se trouvent dans aucun des cas prévus au numéro précédent.

Ce sont :

Les majeurs, même pourvus d'un conseil judiciaire ;

Les mineurs émancipés ;

Les femmes mariées, veuves, divorcées ou séparées de corps (1).

Au moment où ces personnes deviennent capables de se choisir un domicile volontairement, elles ont déjà un domicile (2).

Dès lors, si elles établissent leur domicile dans un autre lieu, on

(1) Pourvu évidemment que ces personnes ne se trouvent, ni dans le cas de l'article 107, ni dans le cas de l'article 109.

(2) C'est le *domicile d'origine*, on le garde tant qu'on n'en a pas acquis un autre volontairement.

ne peut pas dire qu'il y ait pour elles acquisition de domicile ; il y a changement de domicile, transfert de domicile d'un endroit dans un autre.

Comment s'opère le transfert du domicile ? — Le transfert du domicile suppose deux conditions : l'une matérielle, l'autre intellectuelle (1) (art. 103).

Condition matérielle. — Il faut le transport de l'habitation réelle dans un autre lieu. Le domicile légal peut exister quelquefois sans l'habitation, ainsi que nous l'avons constaté plus haut ; il en est autrement du domicile de fait.

Condition intellectuelle. — Il faut l'intention de fixer son principal établissement, c'est-à-dire le centre de ses intérêts et de ses affaires, dans le lieu de sa nouvelle résidence.

Preuve du transfert du domicile. — La preuve de l'habitation réelle est facile à fournir ; c'est un pur fait dont la démonstration ne soulèvera aucune difficulté. Mais comment établir l'intention de transférer son principal établissement ?

La loi offre aux particuliers un moyen de preuve commode. Il consiste dans une double déclaration faite, tant à la municipalité du lieu que l'on quitte qu'à celle du lieu où l'on va résider (art. 104).

Mais jamais dans la pratique ce moyen n'est employé.

A défaut de cette déclaration, la preuve de l'intention dépendra des circonstances (art. 105).

Comme circonstances de nature à dénoter cette intention, on peut citer : le fait de payer sa contribution personnelle (2), qui n'est due qu'une fois, au lieu du domicile ; le fait de se laisser assigner sans protestation devant le tribunal de sa nouvelle résidence, etc.

De la détermination du domicile de fait. — La détermination du domicile de droit ne soulève aucune difficulté, puisqu'elle est établie par la loi elle-même.

Il en est autrement du domicile de fait. Dans bien des cas il n'y aura pas de doute possible, parce que l'individu n'aura qu'une seule résidence.

Mais, lorsqu'une personne possède plusieurs résidences, l'embarras peut être grand de déterminer où se trouve son principal

(1) C'est ce qu'on a exprimé en disant que le transfert de domicile doit se faire *animo et facto* ; nous trouverons quelque chose d'analogue plus tard pour l'acquisition de la possession qui suppose le *corpus* et l'*animus*. Beudant, I, n° 160.

(2) Dans ce sens, Bastia, 30 mai 1892, D. 1893.2.557.

établissement. C'est là une question de fait laissée à l'entière appréciation des tribunaux.

Ils se détermineront principalement d'après les circonstances suivantes : la résidence habituelle, le paiement de la contribution personnelle, l'existence d'une maison de commerce ou d'une industrie. Quant aux relations de famille et aux propriétés, ce sont deux circonstances dont on ne doit tenir compte qu'en dernière analyse.

d) *Des conséquences juridiques du domicile et de la résidence.*

Conséquences juridiques du domicile. — *Énumération.*— La notion du domicile a une importance considérable; la loi y a, en effet, attaché de nombreuses conséquences juridiques.

1° pour l'exercice de certains droits ;

2° pour la centralisation des opérations de publicité et des opérations de liquidation ;

3° pour les notifications d'actes et la compétence des tribunaux.

1° *L'exercice de certains droits.* — En principe, on peut exercer ses droits civils en tout lieu. Par exception, certains actes ne peuvent être accomplis qu'au lieu du domicile.

Il en est ainsi : du mariage, qui doit être célébré au domicile de l'un des futurs (art. 165) ; — de l'adoption, qui n'est possible qu'au domicile de l adoptant (art. 353); de la tutelle officieuse devant le juge de paix du domicile de l'enfant (art. 263) (1).

2° *Centralisation des mesures de publicité et des opérations de liquidation.* — C'est au domicile que sont centralisés tous les renseignements relatifs à l'état civil ; la loi prescrit en effet, que tous les actes reçus en dehors du domicile, en mer ou à l'étranger, soient transcrits ensuite sur les registres de l'état civil du domicile (art. 60, 61, 80, 82, 86, 94, 98, 171, C. civ.). C'est au lieu du domicile que doivent être faites les affiches et les insertions dans les journaux que la loi prescrit pour avertir les tiers des changements qui se produisent dans la capacité des personnes, par suite de séparation de biens, divorce, séparation de corps, interdiction judiciaire, nomination d'un conseil judiciaire, etc.

C'est au domicile que sont centralisées les opérations de liquidation auxquelles donnent lieu l'ouverture de la tutelle, l'ouver-

(1) Voir en outre les articles 1247 et 2018 du Code civil, l'article 105 C. F. pour le droit d'affouage ; l'article 9 de loi de ventôse an XI pour les témoins dans les actes notariés.

ture d'une succession, la déclaration de faillite ou de liquidation judiciaire.

3° *Notification d'actes et compétence des tribunaux.* — C'est au domicile de la personne que se font toutes les notifications d'actes ; tels que assignations en justice, sommations, commandement, etc.

Enfin, c'est le tribunal du domicile du défendeur, qui, en principe, est compétent. *Actor sequitur forum rei.*

Conséquences juridiques de la résidence. — En thèse générale, la résidence est un pur fait qui ne produit aucune conséquence juridique. Cependant elle produit quelques effets qu'il y a lieu d'indiquer.

1° La résidence tient lieu de domicile quand celui-ci est inconnu (art. 68, 8°, C. pr.).

2° Le mariage peut avoir lieu dans la commune où l'un des époux a six mois de résidence (art. 74).

3° Pour être inscrit sur la liste électorale d'une commune, il suffit d'y résider depuis six mois (art. 14, loi du 5 avril 1884).

4° Au bout d'une résidence non interrompue de dix années, un étranger peut obtenir le bénéfice de la naturalisation (art. 8, § 5, 2°, C. civ.).

§ 2. — Du domicile d'élection.

Définition. — Le domicile d'élection est un domicile spécial choisi par une personne pour l'exécution d'un acte ou d'une convention.

Le but de la désignation de ce domicile spécial est de faciliter à une personne l'exercice de ses droits, en lui permettant de faire les notifications d'actes et de plaider sa cause en justice, ailleurs qu'au domicile réel de la partie adverse, qui peut être très éloigné de son propre domicile (art. 111).

Election de domicile volontaire ou obligatoire. — En principe, l'élection de domicile est purement facultative. Par exception, dans certains cas, la loi l'impose elle-même à la personne qui accomplit certains actes.

Il en est ainsi, notamment :

En matière d'opposition au mariage. Celui qui fait opposition au mariage d'une personne doit élire domicile dans la commune où le mariage doit être célébré (art. 176, C. civ.).

Et en matière d'inscription hypothécaire. Le créancier qui prend une inscription d'hypothèque doit élire domicile dans l'ar-

rondissement où est situé l'immeuble hypothéqué (art. 2148, C. civ.).

Election de domicile expresse ou tacite. — L'élection de domicile qui émane de la seule volonté des parties est en principe formellement exprimée, soit dans l'acte même pour l'exécution duquel elle est faite, soit dans un acte postérieur. On admet cependant qu'elle peut être tacite et s'induire de certaines circonstances de fait.

Il existe deux cas d'élection de domicile tacite (1).

1° Le premier est relatif aux personnes morales et notamment aux sociétés commerciales. La jurisprudence admet qu'elles font élection de domicile dans les communes où elles ont des succursales pour les actions qui ont pris naissance dans ces succursales.

2° Les militaires et les étudiants majeurs sont censés faire élection de domicile dans le lieu où ils résident, en dehors de leur domicile réel, pour les fournitures qui leur sont livrées pour leur usage.

Des effets juridiques de l'élection de domicile. — Les effets juridiques de l'élection de domicile sont plus ou moins étendus suivant la façon dont elle a été faite.

1° *Election de domicile dans une commune chez une personne déterminée.* — L'élection de domicile peut être faite dans une commune chez une personne déterminée. Cette personne est généralement un homme d'affaires, avoué, notaire, etc. ; ce peut être aussi, un ami, simple particulier.

L'élection de domicile ainsi faite produit un double résultat :

a) Elle attribue compétence au tribunal d'arrondissement dans le ressort duquel domicile est élu.

b) Elle permet d'adresser à la personne chez laquelle on a établi domicile toutes les notifications relatives à l'exécution de l'acte juridique dont il s'agit.

2° *Election de domicile dans une commune sans désignation d'une personne déterminée.* — L'élection de domicile peut être faite purement et simplement dans une commune déterminée, à Paris, par exemple, sans indication d'une personne chez laquelle le domicile serait établi.

Elle ne produit alors qu'un seul effet : l'attribution de compétence au tribunal du lieu dans lequel le domicile est élu. Quant aux notifications, elles devront être faites au domicile réel.

Remarques. — 1° La partie dans l'intérêt de laquelle l'élection

(1) Dans ce sens, Beudant, *op. cit.*, I, n° 171.

de domicile a été faite peut toujours y renoncer et adresser valablement les notifications au domicile réel de la partie adverse ou saisir le tribunal de ce domicile réel.

2° L'élection de domicile peut être faite au lieu de son domicile réel. Elle offre cette utilité de mettre l'autre partie à l'abri des inconvénients qui pourraient résulter pour elle d'un changement dans le domicile réel.

3° L'élection de domicile ne produit d'effets que relativement à l'acte pour l'exécution duquel elle a été faite. En dehors de cet acte, il faut revenir au domicile réel. Mais que décider de la signification d'un jugement rendu pour assurer l'exécution de la convention ? Il n'est pas douteux qu'elle doive être faite au domicile élu (1), bien que le contraire ait été soutenu.

Transmissibilité du domicile élu. — Relativement à la transmission aux héritiers du domicile élu, trois cas doivent être examinés :

1er *Cas* : *Mort de la personne dans l'intérêt de laquelle l'élection de domicile a été faite.* — Aucune difficulté ; ses héritiers ont le droit d'invoquer le bénéfice de l'élection de domicile qui n'était nullement attaché à la personne du défunt.

2e *Cas* : *Mort de la personne qui a fait l'élection de domicile.* — Même solution que pour le cas précédent en sens inverse ; l'élection de domicile ne subit aucune atteinte.

3e *Cas* : *Mort de la personne chez laquelle l'élection a été faite.* — De toute façon l'élection de domicile reste attributive de compétence malgré le décès (art. 2156). Mais, que décider en ce qui concerne les notifications d'actes ?

Il y a lieu de distinguer :

Si l'élection de domicile avait été faite chez un ami, elle a été faite *intuitu personæ*, elle disparaît et cesse de produire ses effets.

Au contraire, si le domicile avait été élu chez un homme d'affaires, par exemple, chez un avoué ; alors on doit supposer que le choix a été fait en vue de l'étude plutôt qu'en vue de la personne, et, malgré le décès de la personne désignée elle continuerait à produire ses effets.

(1) Dans ce sens, Aubry et Rau, *op. cit.*, I, n° 146 et note 8 ; Beudant, n° 173.

CHAPITRE VI. — THÉORIE DES PERSONNES MORALES

Définition. — On entend par personnes morales, personnes fictives ou personnes juridiques des groupements d'individus auxquels la loi reconnaît une existence juridique propre. — Ils ont un patrimoine, ils sont propriétaires, créanciers, débiteurs ; ils peuvent ester en justice, contracter, recevoir des dons et des legs, en un mot, se comporter au point de vue juridique, comme de véritables personnes physiques.

Division du chapitre. — Nous ferons l'étude des personnes morales en cinq paragraphes :

§ 1. Nature de la personnalité juridique.
§ 2. Classification des personnes morales.
§ 3. Création des personnes morales.
§ 4. Capacité des personnes morales.
§ 5. Extinction des personnes morales.

§ 1. — Nature de la personnalité juridique.

Principaux systèmes proposés. — La nature de la personnalité juridique est l'objet des plus vives controverses entre les auteurs modernes. Trois principaux systèmes ont été proposés : le système allemand de la réalité des personnes morales, le système traditionnel de la fiction, enfin le système moderne de la propriété collective. Nous allons en faire un exposé rapide.

1° Système allemand de la réalité. — D'après un *premier système*, les personnes morales ne sont pas des êtres fictifs créés par la loi ; ce sont des êtres réels, ayant une existence concrète distincte de celle des membres qui les composent. L'Etat ne les crée pas ; il se borne à les reconnaître comme il reconnaît la personnalité réelle des individus (1).

Cette opinion a été enseignée surtout en Allemagne ; elle compte aussi des partisans en France (2).

2° Système traditionnel de la fiction. — Dans un *second système*, on considère les personnes morales comme des êtres fic-

(1) Cette théorie a été exposée par Zitelmann, Beseler et développée par Gierke.
(2) Hauriou, *op. cit.*, 3e édition, p. 124.

tifs dont l'existence a été créée de toutes pièces par le législateur pour faciliter le fonctionnement de certains groupements (1).

Ce système ressemble au précédent en ce que, comme lui, il admet l'existence d'une personnalité distincte de la personnalité individuelle des différents membres du groupement ; en sorte que si le groupement comprend vingt membres, il y aurait les vingt personnalités juridiques des vingt membres du groupement, plus la personne morale formée par le goupement.

Il en diffère, en ce que pour lui cette vingt-unième personnalité est une pure conception de l'esprit, une création arbitraire de la loi, tandis qu'elle correspond à une réalité vivante et concrète pour les partisans du premier système.

3° **Système de la propriété collective.** — Enfin, dans un *troisième système* de date plus récente, on considère que la notion de la personnalité morale est le résultat d'une fiction légale, mais on entend cette fiction d'une façon tout autre que les auteurs du second système. On n'admet pas, même d'une façon fictive, l'existence d'une personne morale distincte des individus qui composent le groupement ; sous le nom de personnes civiles on entend l'existence de biens collectifs soustraits au régime de la propriété individuelle. Quand on dit qu'un groupement forme une personne morale, on veut dire que les membres de ce groupement sont propriétaires collectivement des biens appartenant à ce groupement (2).

Nous pouvons être, dit M. Berthélemy, de trois manières propriétaires d'un champ ou d'un troupeau : individuellement, c'est-à-dire chacun pour une part divise, pour un nombre déterminé de bêtes ; indivisément, c'est-à-dire chacun pour une quote-part du champ ou du troupeau ; collectivement, c'est-à-dire à nous tous, envisagés comme n'étant qu'un. Dans ce dernier cas, on pourra bien dire qu'à nous cinq nous ne formons qu'un sujet de droit ; et pour la facilité de l'explication on pourra dire aussi, que le sujet est semblable à une personne dont celui de nous que nous désignerons sera le représentant, mais cette personne ici, loin d'être distincte de nous cinq, n'est autre chose que nous cinq, pris ensemble.

Critique du troisième système. — Cette explication, cer-

(1) Aubry et Rau, I, p. 185 ; Capitant, *Introduction au droit civil*, p. 126 à 128.

(2) Dans ce sens Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, I, p. 262 ; Berthélemy, *op. cit.*, p. 516 et suiv.

tainement ingénieuse, a le tort à nos yeux d'être trop compliquée. De plus, elle présente cet inconvénient que bien souvent elle sera d'une application malaisée, car il sera bien souvent difficile de déterminer quels individus peuvent être considérés comme propriétaires collectivement des biens de la personne morale. Pour l'Etat on dit : ce sont tous les Français ; or l'Etat ne comprend pas seulement les générations présentes, mais les générations futures ; il faudrait donc admettre comme titulaires de droits à titre collectif des personnes incertaines qui ne sont encore ni nées, ni même conçues. Est-ce là une conception bien juridique ?

Pour un hôpital, on a dit que c'étaient les habitants de la commune ; mais alors on confond la personnalité de la commune et celle de l'hôpital.

Il nous paraît plus simple de nous en tenir à la théorie de la fiction telle que l'adopte le second système exposé ci-dessus.

§ 2. — Classification des personnes morales.

Distinction fondamentale. — Il existe deux groupes de personnes morales : les personnes morales privées et les personnes morales publiques.

Personnes morales privées. — Les personnes morales privées sont les groupements à but intéressé et lucratif. Ce sont les sociétés civiles (1) et commerciales dont l'objet essentiel est de réaliser des bénéfices.

Personnes morales publiques. — A notre avis, on doit ranger dans cette catégorie les personnes morales qui ont pour but le fonctionnement d'un service public ou la poursuite d'un but d'intérêt général (2).

(1) Elles ont été reconnues personnes morales par la jurisprudence de la Cour de cassation dans une série d'arrêts en 1891, en 1892 et en 1894. Les auteurs se sont ralliés en majorité à cette manière de voir.

(2) Si tous les auteurs admettent la distinction fondamentale des personnes morales publiques et des personnes morales privées, ils sont loin d'être d'accord sur la répartition des différentes personnes morales dans ces deux groupes. C'est ainsi que beaucoup d'auteurs classent dans les personnes morales privées les établissements d'utilité publique à côté des sociétés commerciales et civiles, alors que les premiers ont un objet d'intérêt général tandis que les secondes ne visent qu'à un intérêt purement individuel et égoïste. Dans ce sens, Planiol, *op. cit.*, I, n° 692 et suiv. Capitant, *op. cit.*, p. 132. Dans le sens du texte, Berthélemy, *Traité élémentaire de droit administratif*, 2e édition, p. 47 et suiv.

Classification des personnes morales publiques. — Les personnes morales publiques peuvent être classées en quatre groupes :

1er groupe : les circonscriptions territoriales revêtues de la personnalité morale. Ce sont : l'Etat, le département et la commune.

2e groupe : les établissements publics.

3e groupe : les établissements d'utilité publique.

4e groupe : les associations simplement déclarées (1).

Etablissements publics et établissements d'utilité publique. — *Critérium.* — La distinction des établissements publics et des établissements d'utilité publique n'est pas présentée de la même façon par tous les auteurs.

D'après l'opinion générale, les établissements publics ne sont autre chose que des services publics auxquels on a reconnu une existence propre, afin de leur permettre de fonctionner plus librement et d'être dotés de moyens d'action plus puissants, grâce aux libéralités qu'ils peuvent recevoir des particuliers. Ils n'en restent pas moins partie intégrante de l'administration de l'Etat, du département ou de la commune dont ils remplissent une des fonctions spéciales.

Au contraire, les établissements d'utilité publique ne sont pas des services publics et ne sont pas des parties intégrantes de l'administration. Ce sont des associations formées par des particuliers, et si on les range dans les personnes morales publiques, c'est qu'elles n'ont pas un objet égoïste, comme les sociétés commerciales ; c'est qu'elles sont constituées dans un but d'intérêt général, telles que la prévoyance, l'instruction, la bienfaisance, etc.

Classification des établissements publics. — On en distingue trois sortes :

1° Les établissements publics nationaux, ce sont les services personnifiés qu'on a détachés de l'administration générale de l'Etat ; tels sont : les Universités, l'Institut, l'Académie de médecine, etc.

(1) Nous devons indiquer dès maintenant la différence essentielle entre l'association et la société. La société est un groupement d'individus formé dans le but de réaliser des bénéfices ; tandis que l'association est un groupement d'individus dans un but désintéressé, but littéraire, artistique, philanthropique, religieux, etc. On peut hésiter à faire entrer de semblables associations dans la catégorie des personnes morales publiques. Cependant comme leur but n'est pas intéressé, il semble bien qu'elles sortent du cadre habituel du droit privé.

2° Les établissements publics départementaux ; ce sont les services personnifiés détachés de l'administration générale du département. On cite le service des enfants assistés, le dépôt de mendicité ; mais leur existence, comme personnes morales, est contestée.

3° Les établissements publics communaux ; ce sont les services personnifiés détachés de l'administration générale de la commune ; ils sont assez nombreux : sections de communes, syndicats des communes, hôpitaux, hospices, bureaux de bienfaisance, etc.

Exemples d'établissements d'utilité publique. — On peut citer : L'association générale des étudiants ; l'école des sciences politiques ; la société des gens de lettres, les congrégations religieuses autorisées, etc.

§ 3. — Création des personnes morales.

Personnes morales privées. — Les personnes morales privées se forment librement sans intervention de l'autorité administrative ou gouvernementale (1). La seule restriction, qui soit apportée à la liberté absolue de leur établissement, consiste dans la nécessité pour les sociétés commerciales de rendre publics leurs statuts.

Cette latitude laissée aux sociétés de se constituer et de former des personnes morales se justifie aisément. Le développement économique d'un pays est lié étroitement à l'existence et à la prospérité de nombreuses sociétés commerciales.

Il est donc essentiel de ne pas porter atteinte à leur essor par une réglementation ayant un caractère restrictif. D'ailleurs cette liberté n'est nullement dangereuse pour le gouvernement ou pour l'Etat qui n'a rien à redouter, au point de vue de sa sécurité, de l'extension indéfinie des groupements à but lucratif.

Personnes morales publiques. — *Dangers qu'elles présentent. Mesures de précaution existant avant la loi du 1er juillet 1900.* — Il en est autrement des personnes morales publiques, et particulièrement des associations. De tout temps, l'Etat s'est préoccupé du double danger qui résulte de la formation et du développement de ces groupements :

Danger politique ; ces associations, par l'accumulation des biens

(1) Il en est ainsi seulement depuis la loi du 24 juillet 1867 qui a supprimé la nécessité de l'autorisation sauf pour les tontines et pour les sociétés d'assurances sur la vie à primes ou mutuelles (art. 66).

de mainmorte, peuvent devenir trop riches, et, par conséquent menaçantes pour un gouvernement, en raison de leur trop grande puissance.

Danger économique ; d'une part, les biens exploités par ces collectivités sont moins bien gérés que ceux qui sont soumis au régime de la propriété individuelle, et d'autre part, c'est une vérité, banale à force d'être répétée, que la libre circulation des richesses est la condition indispensable d'un bon régime économique. « Les biens figés aux mains d'une congrégation ou d'une société de bienfaisance risquent fort de ne rendre que le minimum de ce que la circulation de maître en maître leur eût fait rapporter » (1).

Pour parer à ce double danger, avant 1901, le législateur avait posé en règle absolue qu'aucune personne morale ne pouvait se former sans une autorisation spéciale des pouvoirs publics.

L'autorisation était donnée, en général, par un décret rendu après avis du Conseil d'Etat.

Quelquefois, cependant, une loi était nécessaire, comme pour les congrégations religieuses d'hommes.

Réglementation libérale de la loi du 1er juillet 1901 sur le contrat d'association. — La loi du 1er juillet 1901 sur le contrat d'association a mis fin à ce régime de restriction.

Désormais, une association n'a plus besoin de l'autorisation gouvernementale pour former une personne morale ; une simple déclaration à l'autorité administrative suffit. Une autorisation résultant d'un décret en Conseil d'Etat est nécessaire, seulement lorsque l'association veut être reconnue comme établissement d'utilité publique. Nous verrons tout à l'heure quel intérêt présente cette reconnaissance. C'est là un progrès considérable sur la législation antérieure.

Toutefois, une exception est faite en ce qui concerne les congrégations d'hommes ou de femmes. Elles ne peuvent exister légalement et former des personnes morales qu'en vertu d'une autorisation législative.

§ 4. — Capacité des personnes morales.

Distinction. — Il faut distinguer la capacité de jouissance et la capacité d'exercice, comme nous l'avons fait pour les personnes physiques (2).

(1) Berthélemy, *op. cit.*, p. 48.
(2) Voir ci-dessus, page 40.

Capacité de jouissance. — *Idée générale.* — On sait que la capacité de jouissance est l'aptitude pour une personne d'être titulaire de tel ou tel droit.

A cet égard on peut ranger les personnes morales en deux catégories :

Il y a des personnes morales à capacité entière ;

Il y a des personnes morales à capacité restreinte.

Enfin, lseunes et les autres ont leur capacité limitée par la règle de la spécialité. Nous allons expliquer brièvement ces trois points.

1° *Personnes morales à capacité entière.* — Nous entendons par là celles qui ont une faculté d'acquisition complète, et dont le patrimoine peut s'enrichir sans aucune limite. Elles forment la grande majorité. Pour les personnes morales, comme pour les personnes physiques, la capacité constitue la règle et l'incapacité l'exception. Il nous suffira donc d'indiquer comme rentrant dans cette catégorie :

Les personnes morales privées, c'est-à-dire les sociétés civiles et commerciales ;

L'Etat, les départements, les communes ;

Les établissements publics ;

Les établissements d'utilité publique.

2° *Personnes morales à capacité restreinte.* — Ce sont celles dont la loi a mesuré la faculté d'acquisition d'une façon très étroite.

Tels sont :

1° *Les syndicats professionnels* (1). — D'après la loi du 21 mars 1884, ils ne peuvent acquérir, soit à titre onéreux, soit à titre gratuit, d'autres immeubles que ceux qui sont nécessaires à leurs réunions, à leurs bibliothèques et à des cours d'instruction professionnelle (art. 6).

2° *Les associations simplement déclarées* (2). — L'article 6 de la loi du 1er juillet 1901 limite la faculté d'acquérir d'une semblable association aux cotisations de ses membres, au local destiné à l'administration de l'association et à la réunion de ses membres, et aux immeubles strictement nécessaires à l'accomplissement du but qu'elle se propose (3).

(1) Voir à ce sujet notre *Manuel d'Economie politique*, p. 95 et suiv.

(2) Voir, sur ce point, la *Synthèse du droit* par Boitel et Foignet (Delagrave, éditeur), p 17.

(3) On pourrait ajouter les sociétés de secours mutuels libres et approuvées, dont la loi du 31 mars 1898 a limité la sphère d'acquisition.

Règle de la spécialité. — La règle de la spécialité signifie que chaque personne morale doit s'enfermer rigoureusement dans la sphère d'attributions qui lui est propre ; elle ne doit faire aucun acte en dehors de la mission spéciale en vue de laquelle l'existence juridique lui a été conférée ; on en a tiré cette conséquence qu'un don ou un legs ne pouvait être fait à une personne morale avec des charges et des conditions dont l'exécution l'obligerait à sortir de son domaine propre d'activité.

Ainsi, un bureau de bienfaisance ne peut recevoir un don ou un legs pour ouvrir une école ; un établissement d'enseignement ne peut recevoir une libéralité pour les pauvres de la commune, etc.

Cette règle de spécialité s'applique à toutes les personnes morales, aussi bien à celles dont la capacité est restreinte qu'à celles dont la capacité est complète.

Cependant, échappent à cette règle : l'Etat, les départements, les communes, ainsi que les sociétés civiles et commerciales.

Au reste, quelle est la véritable portée de la règle de la spécialité ?

Est-ce une simple règle de police administrative, déterminant la mesure du contrôle de l'Etat à l'égard des personnes morales, mais devant rester étrangère au droit civil ? est-ce, au contraire, une règle qui doit en outre avoir comme sanction, en droit civil, la nullité des libéralités qui en sont la violation ? C'est une question discutée que nous aurons à résoudre plus tard en étudiant la matière des donations (1).

Capacité d'exercice. — L'exercice des droits dont des personnes morales sont titulaires est confié à des organes chargés de les représenter dans tous les actes de la vie juridique. Il ne faut pas en conclure que les personnes morales sont toutes incapables comme le mineur ou l'interdit judiciaire qui ne peut agir que par son tuteur. La représentation s'impose par la force même des choses aux personnes morales. Etant des êtres abstraits, elles ne peuvent agir directement par elles-mêmes ; elles sont obligées d'avoir recours à des personnes physiques, pour gérer leur patrimoine et faire tous les actes d exercice de leurs droits.

L'incapacité doit s'entendre autrement en ce qui concerne les personnes morales. Une personne morale est considérée comme inca-

(1) Dans ce sens, Capitant, *op. cit.*, p. 152 et les autorités qu'il cite en note. En sens contraire, Planiol, note sous Dalloz, 1895.1.217 et *op. cit.*, III, n° 2293.

pable lorsqu'elle est soumise à un contrôle étroit de la part de l'autorité administrative. Ce contrôle qu'on a appelé, d'un terme impropre, *tutelle administrative*, se traduit en pratique par la nomination, la suspension ou la révocation des organes de la personne morale; ou par la nécessité d'obtenir l'autorisation de l'administration pour la plupart de ses actes.

Sont soumis à cette tutelle administrative, et par conséquent, sont incapables :

Le département, la commune et les établissements publics.

Sont, au contraire, affranchis de cette tutelle et pleinement capables :

L'Etat, et les personnes morales privées, c'est-à-dire les sociétés civiles et commerciales.

Quant aux établissements d'utilité publique et aux associations formées à la suite d'une simple déclaration, leur capacité n'est restreinte que sur un point : pour l'acceptation des dons et legs, qui ne peut avoir lieu qu'avec une autorisation généralement donnée par décret en Conseil d'Etat (art. 910, C. civ.).

§ 5. — Extinction des personnes morales.

Causes d'extinction. — Les personnes morales ont, en général, une durée indéfinie ; elles ne meurent pas comme les personnes physiques, puisque leur existence est purement abstraite. Elles ont cependant des causes de dissolution qui leur sont propres et que nous allons rapidement indiquer.

1° *Retrait d'autorisation.* — Les personnes morales, qui ne peuvent se former qu'avec l'autorisation administrative, s'éteignent par un acte de volonté contraire de l'Administration, qui peut à tout moment se produire (1).

2° *Arrivée d'un terme.* — Les sociétés ou les associations formées pour un délai déterminé s'éteignent par l'arrivée de ce terme (art. 1865, 1°).

3° *Consentement des associés.* — Dans les sociétés à durée illimitée comme dans les autres, il est toujours loisible aux associés

(1) Il peut même arriver que la dissolution soit prononcée par une autorité différente de celle qui a permis à la personne morale de se former.

Ainsi, d'après la loi du 1er juillet 1901, tandis qu'une congrégation religieuse ne peut exister qu'en vertu d'une loi, elle peut être dissoute en vertu d'un simple décret du chef de l'Etat rendu en conseil des ministres.

de mettre fin à l'existence de la personne morale, pourvu qu'il y ait consentement unanime à cet égard.

Conséquences de l'extinction. — Les conséquences de la dissolution ne sont pas les mêmes pour toutes les personnes morales.

En ce qui concerne les sociétés civiles et commerciales, il y a lieu à partage du fonds social entre les associés, conformément aux règles posées dans les statuts.

Pour les établissements d'utilité publique et pour les associations simplement déclarées, il faut également consulter les statuts qui déterminent le sort des biens composant le patrimoine de l'association dissoute.

En l'absence de règles à cet égard dans les statuts, les biens devraient être attribués à l'Etat en qualité de biens vacants et sans maître (art. 713). Dans la plupart des cas cependant, il y aurait lieu de reconnaître aux donateurs ou à leurs héritiers, le droit de reprendre les biens par eux donnés qui se retrouvent en nature.

IIIe SECTION — THÉORIE GÉNÉRALE DE L'ACTE JURIDIQUE

Notions préliminaires.

Définition : Acte juridique et acte matériel ou pur et simple. — On entend par acte juridique, *negotium juris*, tout acte qui est accompli par une ou plusieurs personnes en vue de produire un effet juridique, lequel peut consister dans la création, dans l'altération ou dans l'extinction d'un droit.

Exemple : Vente, constitution d'hypothèque ou de servitudes, paiement.

On entend par acte matériel ou pur et simple, tout acte qui n'est pas accompli en vue de produire un effet juridique, quoiqu'il puisse avoir souvent ce résultat.

Exemple : donner un coup de poing à quelqu'un est un acte matériel ou pur et simple, quoiqu'il puisse en résulter un effet juridique : le droit pour la victime de réclamer contre l'auteur du fait une réparation pécuniaire.

Planter un arbre, ensemencer un champ, piocher la terre, voilà encore des faits qui n'ont rien de juridique ; et cependant, nous

verrons qu'ils peuvent faire acquérir des droits : droit aux fruits pour le possesseur de bonne foi ; et même, au bout d'un certain temps, droit à la propriété.

Autre acception du mot acte. — Le mot acte est pris quelquefois dans un autre sens. Au lieu de signifier « opération juridique », *negotium juris*, il veut dire écrits, ayant pour but de constater une opération juridique ou même un fait pur et simple, pour en faciliter la preuve, au cas de dénégation ultérieure.

C'est dans ce sens qu'on emploie cette expression, lorsqu'on parle d'acte authentique ou d'acte sous seing privé, comme nous le verrons plus loin en faisant la théorie des preuves ; c'est dans ce sens, que nous l'avons prise en traitant précédemment des actes de l'état civil.

Double sens du mot titre. — Le mot titre est un mot à peu près synonyme du mot acte. Comme lui, il est pris dans un double sens.

Tantôt il veut dire opération juridique faisant naître un droit au profit d'une personne ; c'est le *justus titulus* des Romains. C'est dans ce sens que le mot est employé dans l'article. 550, relatif au possesseur de bonne foi, qui doit avoir un titre translatif de propriété, dans l'article 690, qui détermine les modes de constitution des servitudes, et dans les articles 2265 et 2267 sur la prescription acquisitive de dix à vingt ans.

Tantôt, titre veut dire écrit, *instrumentum*, constatant l'existence d'un droit ou d'un fait. C'est dans cette seconde acception que ce mot est employé par l'article 46 expliqué précédemment ; de même dans l'article 2279, « en fait de meubles possession vaut *titre* ».

Classification des actes juridiques. — *Triple point de vue.* — On peut se placer à un triple point de vue pour classer les actes juridiques : au point de vue de l'unité ou de la pluralité des volontés nécessaires à leur existence ; au point de vue de l'unité ou de la réciprocité des prestations fournies ; au point de vue de l'époque à laquelle l'acte doit produire ses effets.

Au point de vue de l'unité ou de la pluralité des volontés. — A ce premier point de vue, les actes juridiques se divisent en deux catégories : les actes juridiques unilatéraux et les actes juridiques bilatéraux.

Les actes juridiques unilatéraux sont ceux qui n'exigent que la volonté d'une seule personne pour se former. Exemples : un testa-

ment, une acceptation ou une renonciation de succession, la confirmation d'un acte annulable.

Les actes juridiques bilatéraux sont ceux qui ne peuvent exister que par l'accord des volontés de deux ou de plusieurs personnes. Ce sont les contrats. Ainsi, le prêt d'argent est un acte juridique bilatéral ; il suppose, en effet, le concours de volontés du prêteur et de l'emprunteur : il en est de même de la vente qui exige l'accord du vendeur et de l'acheteur.

Au point de vue de l'unité ou de la réciprocité des prestations. — A ce point de vue, un acte juridique peut être à titre gratuit ou à titre onéreux.

Un acte juridique est à titre gratuit, lorsqu'une des parties procure à l'autre un avantage sans en recevoir aucun équivalent. Exemple : la donation, le prêt d'argent sans intérêt, le testament. etc.

Un acte juridique est à titre onéreux lorsque chaque partie reçoit un avantage en échange de celui qu'il procure à l'autre partie. Exemple : la vente, l'échange, le louage, le prêt à intérêt, etc.

Au point de vue de l'époque à laquelle l'acte doit produire ses effets. — A ce troisième point de vue, les actes juridiques sont de deux sortes : il y a les actes entre vifs et les actes de dernière volonté.

Les actes entre vifs sont ceux qui sont faits en vue de produire leurs effets du vivant même des parties contractantes. Exemple : la donation, la vente.

Un acte de dernière volonté est celui qui ne doit produire ses effets qu'après la mort de celui qui l'accomplit. Exemple : le testament.

Division de la IIIe section. — Nous diviserons la 3e section en quatre chapitres :

Chapitre I. Conditions d'existence et de validité des actes juridiques.

Chapitre II. Modalités des actes juridiques.

Chapitre III. Effets des actes juridiques.

Chapitre IV. Nullité des actes juridiques.

CHAPITRE Ier. — CONDITIONS D'EXISTENCE ET DE VALIDITÉ DES ACTES JURIDIQUES.

Différence entre une condition d'existence et une condition de validité. — Il est essentiel de ne pas confondre les conditions d'existence et les conditions de validité des actes juridiques.

Les conditions d'existence sont celles sans lesquelles un acte ne peut pas se former ; les conditions de validité sont celles, dont l'absence n'empêche pas l'acte de se former ; elle entraîne seulement son annulabilité.

Dans le premier cas, il est inexistant ; dans le second cas, il est simplement annulable.

Nous expliquerons plus loin, dans la théorie générale des nullités, la différence entre les deux cas.

Enumération des conditions d'existence. — Les conditions d'existence des actes juridiques sont :

1° La volonté des parties ;

2° Un objet ;

3° L'observation des solennités prescrites par la loi, dans les actes solennels.

Enumération des conditions de validité. — Les conditions de validité sont :

1° L'absence des vices de volonté ;

2° La capacité des parties.

Division du chapitre Ier. — Nous ne dirons rien de l'objet des actes juridiques, parce que l'étude de ce point trouvera mieux sa place dans la théorie des obligations au tome II ; quant à la capacité des parties, nous en avons suffisamment parlé pour n'avoir pas à y revenir ici.

Mais nous dirons quelques mots de la liberté qui appartient aux parties dans la rédaction des actes. Cela se rattache étroitement à la formation de l'acte.

Notre chapitre sera ainsi divisé en trois paragraphes :

§ 1. La volonté ;

§ 2. La forme des actes juridiques ;

§ 3. La liberté des parties dans les actes juridiques.

** § 1. — La volonté.

Idées générales. — Un acte juridique ne peut pas exister sans volonté. Tantôt, ainsi que nous l'avons dit plus haut, la volonté d'une seule personne suffit ; il en est ainsi dans les actes juridiques unilatéraux.

Tantôt, il faut la volonté concordante de deux ou de plusieurs personnes ; il en est ainsi dans les actes juridiques bilatéraux, c'est-à-dire dans les contrats. La volonté prend alors un nom particulier, on l'appelle *consentement* (1).

Il peut arriver que la volonté fasse complètement défaut ; l'acte juridique ne se forme pas ; il est inexistant. Il peut, au contraire, arriver que la volonté existe, mais qu'elle soit entachée d'un certain vice ; dans ce dernier cas, l'acte juridique se forme, mais il est annulable,

Absence de volonté ou de consentement. — Il y a absence de volonté ou de consentement dans trois cas :

1° Lorsqu'il y a erreur sur l'identité matérielle de l'objet du contrat.

Exemple : je vous vends telle maison, vous croyez que je vous vends telle autre maison.

2° Lorsqu'il y a erreur sur la nature de l'acte à accomplir.

Exemple : je vous vends ma bicyclette, vous croyez que je vous la donne.

3° Lorsque celui qui accomplit l'acte juridique est en état de folie, en état d'ivresse, ou en enfance.

** **Des vices de volonté ou de consentement.** — Les vices de volonté ou de consentement sont : l'erreur, le dol, la violence, desquels on rapproche la lésion. Nous allons dire un mot de chacun d'eux.

De l'erreur. — Nous avons vu plus haut deux cas d'erreur entraînant absence totale du consentement, et empêchant l'acte juridique de se former.

Il est d'autres erreurs moins graves, qui ne mettent pas obstacle à l'existence de l'acte juridique, mais qui le rendent annulable. Ce sont :

1° L'erreur sur la substance de l'objet, c'est-à-dire sur la qualité de l'objet, qui a été déterminante de la volonté.

(1) Le mot consentement est souvent pris, d'une façon générale, comme synonyme de volonté.

Exemple : j'achète un tableau croyant que c'est un original ; c'est une copie.

2° L'erreur sur la personne du co-contractant dans les contrats dans lesquels la considération de la personne joue un rôle essentiel, tels que le mariage, la donation, la société, etc.

Erreurs indifférentes. — Il existe enfin des erreurs légères qui sont sans influence sur l'acte juridique ; telles sont : l'erreur sur le motif et l'erreur sur les qualités accessoires de l'objet.

Du dol. — Le dol est toute manœuvre frauduleuse employée pour tromper l'auteur de l'acte juridique.

Le dol n'est une cause de nullité que sous certaines conditions.

Tout d'abord, il faut que le dol soit principal. On veut dire par là qu'il doit avoir eu pour résultat de déterminer celui qui en a été victime à accomplir l'acte juridique. S'il eût fait l'acte sans le dol, mais dans des conditions moins onéreuses l'acte n'est pas nul ; il peut seulement en obtenir une modification (art. 1116, C. civ.).

En outre, dans les actes juridiques bilatéraux, le dol n'est une cause de nullité que quand il émane de la partie adverse. Le dol émanant d'un tiers laisse intact le contrat et donne lieu seulement à des dommages-intérêts (art. 1116, C. civ.).

De la violence — La violence est tout acte de contrainte, soit physique, soit morale, qui fait une telle impression sur l'esprit, qu'il enlève à la volonté toute la liberté qu'il doit avoir.

La violence n'entraîne pas absence totale de volonté. C'était déjà la solution des Romains qui disaient : *coacta voluntas, sed voluntas.*

Dans la matière des contrats, il existe entre le dol et la violence une différence traditionnelle. Tandis que le dol n'est une cause de nullité du contrat que quand il émane de la partie adverse, la violence est toujours une cause de nullité du contrat, quel qu'en soit l'auteur (art. 1111, C. civ.). On explique cette différence en disant qu'on est plus excusable d'avoir succombé à un acte de violence que de n'avoir pas su déjouer les manœuvres frauduleuses de son adversaire.

De la lésion. — La lésion est le défaut d'équivalence qui existe, dans un acte à titre onéreux, entre les prestations fournies par les deux parties l'une à l'autre.

Exemple : je vous vends 20.000 francs un immeuble qui en vaut 50.000 ; il y a lésion à mon préjudice.

La lésion est toujours une cause de nullité pour les mineurs qui en sont victimes. Au contraire, à l'égard des majeurs, elle est sans influence sur le sort de l'acte juridique.

Par exception, la lésion est une cause de nullité :

1° en matière de partage, lorsqu'il y a lésion de plus du quart pour l'un des copartageants (art. 887).

2° en matière de vente d'immeubles, lorsque le vendeur est lésé de plus des sept douzièmes de la valeur de l'immeuble (art. 1674, C. civ.).

§ 2. — Forme des actes juridiques.

Principe du droit moderne. — Dans les législations primitives le formalisme règne en maître ; la plupart des actes juridiques n'existent que par l'accomplissement de paroles, d'écrits ou de gestes plus ou moins compliqués, plus ou moins symboliques. Il en était ainsi en droit Romain avec la *mancipatio*, la *cessio in jure*, la stipulation, etc.

Il en est autrement dans le droit moderne. Aujourd'hui, la volonté est souveraine ; elle suffit pour la formation des actes juridiques sans qu'il soit nécessaire qu'elle soit accompagnée de formes extérieures quelconques.

Ainsi, la vente du domaine le plus considérable que l'on puisse supposer, se forme dès qu'il y a entente entre le vendeur et l'acheteur sur la chose vendue et sur le prix de vente.

Exceptions. — Les actes solennels du droit moderne. — Par exception, la loi a exigé des solennités particulières pour certains actes qu'elle a voulu entourer de toutes garanties désirables en raison de leur très grande importance. La liste de ces actes peut être établie d'une façon limitative ; elle n'est pas très longue.

Ce sont :

1° Le mariage, qui doit être célébré devant l'officier de l'état civil (art. 75, C. civ.).

2° Le contrat de mariage, qui exige la rédaction d'un acte notarié (art. 1394, C. civ.).

3° La donation entre vifs, par acte notarié également (art. 931, C. civ.).

4° La constitution d'hypothèque par acte notarié aussi (art. 2027, C. civ.).

5° La subrogation aux droits et actions du créancier d'un tiers qui prête de l'argent au débiteur pour se libérer (acte notarié nécessaire) (art. 1251, C. civ.).

6° La cession, subrogation ou renonciation de la femme mariée

à son hypothèque légale (acte notarié requis) (art. 9, loi du 23 mars 1855).

Remarque. — Même pour les actes consensuels qui forment la règle, il est d'usage, et la loi elle-même prescrit, de rédiger un écrit lorsque l'intérêt en jeu dépasse cent cinquante francs (article 1341, C. civ.) ; et souvent, dans la pratique, pour beaucoup de ces actes, notamment pour les ventes d'immeubles, on a recours à un notaire. Mais alors la rédaction de l'écrit n'est pas une condition de formation et d'existence de l'acte ; elle est requise par la loi uniquement pour en assurer la preuve en justice, *ad probationem non ad solemnitatem.*

En pareil cas, l'absence d'écrit n'aurait pas pour conséquence l'inexistence de l'acte, elle en rendrait seulement la preuve difficile, peut-être même impossible.

§ 3. — De la liberté des parties dans les actes juridiques.

Principe général. — En thèse générale, les particuliers sont libres de leur volonté dans les actes juridiques ; ils peuvent y insérer toutes les clauses qui leur conviennent. Cette règle est énoncée dans une formule énergique par l'article 1134 : « les conventions légalement formées tiennent lieu de lois à ceux qui les ont faites. »

Beaucoup d'auteurs l'appellent la règle de *l'autonomie de la volonté.*

Double limitation. — A cette règle, la loi apporte une double limitation : l'ordre public et les bonnes mœurs (art. 6, C. civ.).

L'ordre public. — Une notion précise de l'ordre public est difficile à fournir ; c'est un mot que la loi emploie souvent sans jamais le définir.

Ce qu'on peut dire de plus exact et de moins vague sur ce point, c'est que toutes les dispositions établies dans l'intérêt supérieur de la collectivité, plutôt que dans l'intérêt des individus considérés eux-mêmes, sont des dispositions d'ordre public auxquelles il n'est pas permis de déroger (1).

Il en est ainsi :

a) Des lois constitutionnelles et des lois administratives.

(1) Consulter à cet égard, Beaudant, I, n° 120; Planiol, n° 273 ; Capitant, *op. cit.*, p. 25 et suiv. ; Pillet, *De l'ordre public en droit international privé.*

b) De certaines lois de droit privé, édictées dans un intérêt général.

Telles sont :

1° Les règles sur l'organisation de la famille (mariage, droits et devoirs des époux, puissance paternelle, filiation légitime et naturelle, etc.) et sur la capacité des personnes (âge de la majorité, tutelle, etc.).

2° Les règles sur l'organisation de la propriété foncière. Elles sont organisées dans l'intérêt supérieur du crédit immobilier ; l'Etat est intéressé à ce qu'il n'y soit pas dérogé.

3° Les règles de publicité établies par la loi pour la protection des tiers. Telles sont, nous le verrons, les sages prescriptions de la transcription de la loi du 23 mars 1855.

Les bonnes mœurs. — Même incertitude sur ce qu'il faut entendre par bonnes mœurs que sur la définition de l'ordre public. Tout ce qui est immoral n'est pas prévu et puni par le Code pénal ; il existe des actes nombreux que la loi tolère, mais que la morale réprouve. En dresser la liste est chose impossible ; il faut laisser à cet égard un pouvoir souverain d'appréciation aux tribunaux. Ils devront réprouver, comme contraire aux bonnes mœurs, tout ce que l'opinion dominante serait portée à considérer comme entaché d'immoralité (1).

** CHAPITRE II. — MODALITÉS DES ACTES JURIDIQUES

Des actes juridiques purs et simples et des modalités qui peuvent les affecter. — L'acte juridique pur et simple est celui dont les effets normaux ne sont altérés par aucune clause particulière ; il donne tout de suite naissance à un droit, dont l'exercice est immédiat et dont la durée est indéfinie. C'est en quelque sorte l'acte juridique dans sa forme ordinaire.

Exemple : Je vous vends comptant un immeuble livrable immédiatement.

On entend par modalités certaines clauses particulières qui peuvent être insérées dans les actes juridiques pour en modifier les effets, soit au point de vue de l'existence, soit au point de vue de l'exercice, soit au point de vue de l'extinction des droits qui en résultent.

(1) Beudant, *op. cit.*, explication du titre prélimaire, n° 125.

Il existe deux principales modalités : le terme et la condition. Nous allons consacrer un paragraphe à l'exposé des règles générales de chacune d'elles.

§ 1. — La condition.

Notions préliminaires.

Définition. — La condition est un événement futur et incertain duquel dépend l'existence ou la résolution d'un droit.

Eléments constitutifs de la condition. — La condition comporte deux éléments constitutifs :

1° C'est un *événement futur.* — Un événement présent ou un événement passé ne constitue jamais une condition, même s'il est ignoré des parties au moment où elles passent l'acte.

Exemple : Je m'engage à vous payer mille francs, si Primus a été élu député hier, ou s'il est élu député en ce moment même. Il n'y a pas là une condition.

Il en serait autrement si je disais : je m'engage à vous payer mille francs si Primus est élu député demain.

2° C'est un *événement incertain.* Se réalisera-t-il, ne se réalisera-t-il pas ? on n'en sait rien. C'est là le trait caractéristique de la condition ; c'est par là, nous le verrons, qu'elle diffère essentiellement du terme, qui est inévitable.

Division du paragraphe. — Nous étudierons successivement : la condition suspensive et la condition résolutoire.

a) *Condition suspensive.*

Définition. — La condition suspensive est un événement futur et incertain duquel dépend la naissance d'un droit.

Exemple : Je m'engage à vous donner mille francs si je suis élu député à l'élection de dimanche prochain à Compiègne.

Ses effets. — Double moment à considérer. — Pour connaître les effets de la condition suspensive, il faut se placer successivement à deux moments :

Avant l'accomplissement de la condition, et à l'époque de son accomplissement.

Avant l'accomplissement de la condition. — Dans cette première période, la condition est en suspens, *Pendet conditio. Pendente conditione*, le droit n'est pas encore né ; il y a seule-

ment espoir qu'il naîtra ; *non est adhuc debitum, sed spes est debitum iri*, disaient les Romains (1). Il faut étudier ces deux points.

a) Le droit n'est pas encore né. — Il en résulte deux conséquences importantes :

1° Le créancier ne peut pas agir en justice et contraindre son débiteur à s'exécuter ;

2° Si, par erreur, le débiteur s'est de lui-même exécuté, il peut se faire restituer ce qu'il a donné, parce qu'il y a eu paiement de l'indû.

Il y a espoir que le droit naîtra. — Cet espoir constitue un droit en germe, qu'on appelle droit conditionnel (2). On en a tiré les deux conséquences suivantes :

1° Le créancier conditionnel peut faire des actes conservatoires pour la sauvegarde de son droit, par exemple, prendre une inscription d'hypothèque, agir en justice contre son débiteur en reconnaissance de sa dette (art. 1180).

2° S'il meurt avant la réalisation de la condition, il transmet son droit à ses héritiers (art. 1179).

A l'époque de l'accomplissement de la condition. — De deux choses l'une : ou la condition se réalise, ou elle défaille.

a) Réalisation de la condition. — La condition accomplie a un *effet rétroactif* au jour où l'acte juridique a été passé (art. 1179).

Cela veut dire que ses effets sont reportés en arrière jusqu'au moment de l'acte ; en sorte que tout se passe comme si l'acte avait été pur et simple dès le début.

Ainsi, dans une vente conditionnelle, l'acheteur sera considéré comme ayant été propriétaire de l'immeuble vendu dès le jour de la vente ; inversement, à partir du même moment, le vendeur est réputé avoir perdu son droit de propriété. En conséquence, les droits que l'acheteur a pu constituer sur l'immeuble (hypothèque, servitudes, etc.) sont consolidés, et ceux que le vendeur avait concédés sont au contraire anéantis.

b) Défaillance de la condition. — Elle opère aussi d'une façon rétroactive. L'acte juridique est censé n'avoir jamais existé. Cette rétroactivité produit les effets inverses de ceux que nous avons indiqués pour le cas précédent.

(1) *Inst. Justinien*, III, t.XV, n° 4.

(2) Il ne faut pas confondre le droit conditionnel et le droit éventuel. Le droit éventuel est celui qui appartient à un héritier présomptif ou à un légataire avant la mort du *de cujus*. Il ne produit aucune de ces deux conséquences.

b) *Condition résolutoire.*

Définition. — La condition résolutoire est un événement futur et incertain duquel dépend la résolution d'un acte juridique.

Exemple : Je vous vends un immeuble 50.000 francs ; mais nous convenons que la vente sera résolue, si, dans un délai de cinq ans, je vous rembourse le prix que vous m'avez versé ; c'est le pacte de rachat (art. 659 à 1673, C. civ.).

Ses effets. — Comme pour la condition suspensive, il faut, en ce qui concerne la condition résolutoire, envisager deux moments : avant l'accomplissement de la condition, et après l'époque de cet accomplissement.

a) *Avant l'accomplissement de la condition.* — *Pendente conditione*, l'acte juridique est en tous points semblable à un acte pur et simple. Le droit naît et peut s'exercer immédiatement.

b) *A l'époque de l'accomplissement de la condition.* — Ou la condition se réalise, ou elle défaille.

Lorsque la condition est défaillie, grâce à la fiction de la rétroactivité, elle est censée n'avoir jamais existé. L'acte juridique est comme s'il avait été dès le début pur et simple.

Lorsque la condition arrive, elle opère rétroactivement : l'acte juridique est anéanti pour le passé et pour l'avenir ; il est comme s'il n'avait jamais existé.

Conséquence remarquable de la rétroativité de la condition résolutoire. — La rétroactivité de la condition résolutoire produit une conséquence remarquable, lorsque l'acte anéanti est un acte translatif de propriété, tel qu'une vente d'immeuble.

L'acheteur est censé n'avoir jamais été à aucun moment propriétaire de l'immeuble vendu. Il en résulte ceci : c'est que tous les droits réels (servitudes, hypothèques, etc.) qu'il avait constitués sur l'immeuble et les aliénations qu'ils avait consenties tombent. D'où l'adage fameux : *Resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis*. C'est une formule capitale dont nous trouverons de multiples applications en droit français.

§ 2. — Le terme.

Notions préliminaires.

Définition. — Le terme est un événement futur et inévitable duquel dépend l'exercice ou l'extinction d'un droit.

Eléments constitutifs du terme. — Le terme comporte deux éléments constitutifs.

1° *C'est un événement futur.* — Un événement présent ou passé ne peut constituer un terme. Sur ce point il y a similitude complète entre le terme et la condition.

2° *C'est un événement inévitable.* — Le terme arrivera à coup sûr. C'est en cela qu'il diffère de la condition dont le trait caractéristique est son incertitude.

Division du paragraphe. — Après ces notions préliminaires, nous allons étudier successivement : le terme suspensif et le terme extinctif.

a) *Terme suspensif.*

Définition. — Le terme suspensif est un événement futur et inévitable duquel dépend l'exercice d'un droit.

Exemple. — Je prête à un ami une somme de mille francs qu'il s'engage à me rembourser le 1er janvier 1905, je suis son créancier à terme suspensif.

Effet du terme. Double moment à considérer. — Comme pour la condition, les effets du terme doivent être déterminés à deux moments différents : avant l'arrivée du terme, et à l'arrivée du terme.

Avant l'arrivée du terme. — A la différence de la condition suspensive, le terme ne retarde pas la naissance du droit. Le droit se forme au moment même où l'acte juridique est passé ; mais il n'est pas exigible. Reprenons ces deux points.

a) Le droit n'est pas exigible. — L'exercice en est retardé momentanément. En conséquence, le créancier ne pourrait pas agir en justice pour contraindre le débiteur à s'exécuter, en saisissant ses biens et en les faisant vendre.

b) Mais le droit existe dès maintenant. — Il en résulte deux conséquences intéressantes :

1° Le créancier à terme peut prendre des mesures conservatoires de son droit, comme le créancier conditionnel ; par exemple, il peut prendre une inscription d'hypothèque, il peut agir en justice contre son débiteur en reconnaissance de dette.

2° Si, par erreur, le débiteur a payé la dette avant l'arrivée du terme, il ne peut pas répéter ce qu'il a donné, comme dans le cas de la condition suspensive ; parce qu'il a acquitté une dette existante ; il n'y a pas paiement indû.

A l'arrivée du terme. — On dit que l'échéance est arrivée ;

rien ne met plus obstacle à l'exercice du droit. Le créancier peut passer des mesures purement conservatoires aux actes d'exécution sur les biens du débiteur.

b) *Terme extinctif.*

Définition. — Le terme extinctif est un événement futur et inévitable qui met fin pour l'avenir à l'existence d'un droit.

Exemple : Une Compagnie d'assurances s'engage, moyennant l'abandon d'un capital, à payer des arrérages annuels à une personne jusqu'à sa mort.

C'est le contrat de rente viagère. La mort du créancier est le terme extinctif dont son droit est affecté.

Effets du terme extinctif.—Avant l'arrivée du terme, le droit existe et s'exerce comme s'il était pur et simple. Sur ce point, nulle différence entre le terme extinctif et la condition résolutoire.

A l'échéance du terme, le droit cesse d'exister, mais pour l'avenir seulement. Il n'y a pas, comme dans la condition résolutoire, anéantissement rétroactif de l'acte juridique et du droit qu'il avait engendré.

Résumé des différences entre le terme et la condition. — Voici, d'après ce qui précède, les principales différences entre le terme et la condition :

1° La condition est un événement incertain ; le terme est un événement inévitable.

2° La condition suspensive tient en suspens la naissance même du droit ; le terme suspensif retarde seulement l'exercice du droit.

3° Par voie de conséquence, le paiement par erreur d'une obligation conditionnelle, avant la réalisation de la condition, est un paiement indû, qui donne lieu à répétition. Il en est autrement en ce qui concerne le terme suspensif.

4° La condition suspensive et la condition résolutoire opèrent rétroactivement. La fiction de la rétroactivité ne s'applique, ni au terme suspensif, ni au terme extinctif.

CHAPITRE III. — DES EFFETS DES ACTES JURIDIQUES.

Principe essentiel. Effets relatifs des actes juridiques. — Il est impossible de donner un aperçu général des effets qui peuvent résulter d'un acte juridique. Il est évident que ces effets sont très variables suivant chaque nature d'acte.

Ce qu'il importe seulement de faire observer, dans cette théorie générale, c'est le caractère relatif qui est attaché aux effets produits par les actes juridiques. On peut formuler à cet égard la règle suivante :

Les actes juridiques ne produisent d'effets qu'à l'égard des personnes qui ont été parties à l'acte ; ils ne peuvent, ni nuire, ni profiter aux tiers. C'est la traduction presque littérale de l'adage latin : *Res inter alios acta, aliis neque nocet, neque prodest.*

Nous avons vu plus haut qu'une règle analogue s'appliquait aux jugements.

Il faut expliquer ce qu'on entend par ces termes : parties et tiers.

Sens du mot « parties ». — En thèse générale, le mot « parties » désigne les personnes qui ont joué un rôle essentiel dans un acte juridique, et sans lesquelles cet acte ne se comporterait pas tel qu'il existe.

Lorsqu'il s'agit d'un acte unilatéral, il n'y a qu'une partie en cause ; celui qui fait l'acte ; dans les actes bilatéraux, il y en a au moins deux ; quelquefois il y en a un très grand nombre, comme dans le contrat de société.

Des personnes représentées. — Rentrent également dans la catégorie des parties les personnes représentées à l'acte.

Diverses circonstances peuvent empêcher une personne de faire par elle-même un acte qui l'intéresse directement.

C'est, par exemple, l'incapacité, pour le mineur non émancipé et l'interdit ; l'éloignement, ou tout autre obstacle matériel, pour les personnes capables.

La personne empêchée d'agir est remplacée par un mandataire. Or, nous verrons plus tard que, contrairement au droit Romain, le Code civil admet la fiction de la représentation du mandant par le mandataire (art. 1984,1998).

Dès lors, c'est la personne représentée, bien que ne figurant pas physiquement à l'acte, qui est partie, et c'est en sa personne directement que l'acte produit ses effets C'est elle qui devient, suivant les cas, créancier, débiteur, propriétaire. Quant au mandataire, c'est un simple intermédiaire, un simple porte-paroles de son mandant.

Personnes assimilées aux parties ; les ayants cause ou ayants droit. — Il faut enfin assimiler aux parties les ayants cause ou ayants droit.

On entend par ayants cause ou ayants droit ceux qui tiennent un droit d'une autre personne qu'on appelle *auteur.*

On distingue deux sortes d'ayants cause : les ayants cause à titre universel et les ayants cause à titre particulier.

Les ayants cause à titre universel sont ceux qui, au décès d'une personne, acquièrent son patrimoine ou une quote part de son patrimoine. Tels sont : les héritiers, les légataires universels ou à titre universel, et les donataires de biens à venir

Les ayants cause à titre particulier sont ceux qui, soit entre vifs, soit après décès, acquièrent d'une autre personne un bien déterminé. Tels sont le donataire, l'acheteur, le co-échangiste, et le légataire à titre particulier.

L'intérêt essentiel de cette distinction est le suivant : les ayants cause à titre universel sont tenus de payer les dettes de leur auteur, parce qu'ils acquièrent un patrimoine, c'est-à-dire un ensemble de biens comprenant un actif et un passif Au contraire, les ayants cause à titre particulier, acquérant un bien déterminé, ne subissent pas les dettes de leur auteur.

Voici le point qui leur est commun. Tenant les uns et les autres leur droit, sur les biens qu'ils acquièrent, de leur auteur, ils ne peuvent pas avoir plus de droit que celui-ci n'en avait lui-même. Ils prennent donc ces biens dans l'état où ils se trouvaient entre ses mains, avec les servitudes et les hypothèques qu'il avait pu constituer sur eux Ils subissent ainsi les effets de ces actes comme s'ils y avaient été parties.

Remarque. — En ce qui concerne les ayants cause à titre particulier, une observation importante doit être faite. Ils subissent les effets des actes accomplis par leur auteur sur les biens qu'ils acquièrent antérieurement à leur acquisition. Mais ils ne peuvent pas se voir opposer les actes qui auraient été faits par leur auteur postérieurement. Pour ceux-là, ils cessent d'être des ayants cause et sont des tiers.

Situation des créanciers chirographaires. — On entend par créanciers chirographaires ceux qui n'ont aucune sûreté réelle pour la garantie de leur droit, ni privilège, ni hypothèque. La loi leur reconnaît un droit de gage général sur tous les biens présents et à venir de leur débiteur (art. 2092). Ce sont aussi des ayants cause à titre universel et ils subissent les conséquences des actes accomplis par le débiteur, comme s'ils étaient parties à l'acte. Nous verrons seulement plus tard, que la loi leur a donné un moyen de protection spéciale contre les actes frauduleux de leur débiteur, afin de les faire tomber. C'est l'*action paulienne* ou révocatoire.

CHAPITRE IV. — NULLITÉ DES ACTES JURIDIQUES.

Difficulté de la matière. — Raisons de cette difficulté. — La théorie des nullités est peut-être la plus difficile de tout le droit civil ; et cette difficulté tient à plusieurs causes : l'absence de texte général ; les incertitudes de la jurisprudence et les divergences dans la doctrine. Mais comme l'importance de cette matière est égale à sa difficulté, il est nécessaire d'exposer avec clarté les solutions qui sont admises sur ce point par la grande majorité des auteurs.

Des trois degrés de la nullité. — D'après l'opinion dominante, il faudrait distinguer trois degrés de nullité d'un acte juridique, en prenant ce mot nullité (1) dans son sens le plus large et comme synonyme d'*inefficacité*.

1° L'inexistence (2) ;
2° La nullité absolue ;
3° La nullité relative.

Division du chapitre. — Cela dit, nous nous proposons d'étudier cette question des nullités en trois paragraphes :

§ 1. Des causes respectives des différentes espèces de nullités.
§ 2. De la réglementation des différentes espèces de nullités.
§ 3. Des actions voisines de l'action en nullité.

§ 1. — Causes respectives des différentes espèces de nullités.

Division. — Il faut étudier successivement : l'inexistence, la nullité absolue et la nullité relative.

Cas d'inexistence d'un acte juridique. — Un acte juridique est inexistant, lorsqu'il manque à sa formation, soit un élément

(1) C'est par commodité de langage et de classification que nous englobons l'inexistence dans le terme générique de nullité pris dans son acception la plus étendue. Car l'inexistence ne doit pas être confondue avec la nullité. Planiol, I, n° 327.

(2) La théorie des actes inexistants est rejetée par la jurisprudence. Elle est repoussée par des auteurs considérables : Beudant, I, n° 280. Elle a été imaginée par un auteur allemand Zachariæ, *Cours de droit civil*, § 37, texte et notes 2 et 3 à l'occasion du mariage. Dans ce sens, Aubry et Rau, I, § 37.

de fait, sans lequel on ne peut pas en concevoir l'existence, soit une solennité prescrite par la loi (1).

Ainsi, l'absence de volonté, dans les cas indiqués plus haut (2) ; l'inexistence de l'objet du contrat provenant de sa disparition, inconnue des parties, au moment de l'acte ; le défaut d'acte notarié lorsque cette formalité est prescrite *ad solemnitatem*, sont autant de causes d'inexistence.

Cas de nullité absolue (3). — Un acte juridique est entaché d'une nullité absolue lorsque, tout en réunissant les conditions indispensables à son existence, il est contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs.

Tantôt, cette nullité est formellement prononcée par la loi ; la nullité est dite *textuelle* (art. 184 et art. 1131, C. civ.) ;

Tantôt, elle résulte tacitement d'une disposition prohibitive de la loi (art. 6, C. civ.) ; la nullité est dite alors *virtuelle* (4)

Cas de nullité relative (5). — Un acte juridique est entaché d'une nullité relative dans deux seuls cas, limitativement déterminés :

a) Au cas d'incapacité ;

b) Au cas de vice de volonté ou de consentement (erreur, violence, dol, lésion).

En dehors de ces deux cas, lorsqu'un acte juridique est nul, soit en vertu d'un texte, soit d'une façon virtuelle, la nullité dont il est atteint est une nullité absolue. La nullité absolue est donc la nullité de droit commun.

§ 2. — Réglementation des différentes espèces de nullité.

Assimilation de l'inexistence et de la nullité absolue. — Au point de vue des règles qui les gouvernent, la nullité absolue ne diffère en rien de l'inexistence. Voilà pourquoi beaucoup d'auteurs ne distinguent pas l'une de l'autre (6).

(1) Pour beaucoup d'auteurs c'est une cause de nullité absolue, Planiol, I, n° 330.

(2) Voir *suprà*, p. 111.

(3) Certains emploient l'expression nullité de plein droit, Planiol, *op. cit.*, I, n° 317.

(4) Aubry et Rau, I, § 37.

(5) On dit aussi annulabilité comme synonyme de nullité relative ; et l'acte entaché d'une semblable nullité est dit annulable.

(6) Capitant, *op. cit.*, p. 250 et suiv.

Il est cependant plus conforme à la vérité juridique de les distinguer au point de vue de leur cause respective, comme nous l'avons fait plus haut

Leurs règles communes. — L'inexistence et la nullité absolue sont soumises à des règles identiques au point de vue de la façon dont elles opèrent, au point de vue des personnes qui peuvent s'en prévaloir, et au point de vue de l'impossibilité de se couvrir. Nous allons expliquer ces différents points.

1° *Au point de vue de la façon dont elles opèrent.* — L'inexistence et la nullité absolue opèrent de plein droit, par l'effet même de la loi, sans qu'il soit nécessaire qu'un jugement intervienne. Il peut se faire cependant que la question de l'inexistence ou de la nullité absolue se pose devant un tribunal ; c'est ce qui arrivera toutes les fois que cette inexistence ou cette nullité serait contestée par la partie qui voudrait se prévaloir de l'acte. Il y aura donc bien alors jugement. Seulement, au lieu de *prononcer* l'inexistence ou la nullité, le tribunal se bornera à la *constater* à la *déclarer*.

2° *Au point de vue des effets de l'acte.* — De ce qui vient d'être dit il suit logiquement, qu'à aucun moment, même à titre provisoire, un acte inexistant ou entaché de nullité absolue ne produit d'effets. Il est comme non avenu.

On en a tiré deux conséquences intéressantes :

a) Le juge peut en tenir compte *d'office*, c'est-à-dire même si aucun intéressé ne l'invoque.

b) Un acte inexistant ou frappé de nullité absolue ne peut pas servir de juste titre pour la prescription de dix à vingt ans (1) (art. 2267, C. civ.).

3° *Au point de vue des personnes qui peuvent s'en prévaloir.* — L'inexistence ou la nullité absolue peut être invoquée par toute personne intéressée, sans aucune restriction. Parfois même, le ministère public, en sa qualité de représentant de l'ordre public, peut s'en prévaloir (art. 184 et 191, C. civ.).

C'est pour cela qu'on a qualifié cette nullité d'absolue ; *absolue* c'est-à-dire existant *erga omnes*.

4° *Au point de vue de l'impossibilité de se couvrir.* — L'inexistence ou la nullité ne peuvent disparaître, ni par la confirmation, ni par la prescription.

Par la confirmation. — Nous verrons plus tard qu'on ne confirme pas un acte inexistant, qui est le néant au point de vue

(1) Voir plus loin, au chapitre de la prescription.

juridique ; il faut le refaire (art. 1339). On ne peut pas non plus confirmer un acte entaché de nullité absolue, parce que la prohibition qui a empêché l'acte initial de valoir, met un égal obstacle à sa confirmation ultérieure.

Par la prescription. — Aucun laps de temps ne peut faire qu'un acte qui n'existe pas existe, ou qu'un acte qui viole l'ordre public cesse d'y porter atteinte. L'inexistence et la nullité absolue ne peuvent donc jamais disparaître. C'est ce que les jurisconsultes Romains exprimaient déjà dans cette formule : « *quod initio vitiosum est tractu temporis convalescere non potest* » (D. L. XVIII, I.29).

Des règles propres à la nullité relative. — La nullité relative diffère de l'inexistence et de la nullité absolue aux quatre points de vue que nous avons successivement indiqués, et que nous allons reprendre un à un, pour faire connaître les règles propres de la nullité relative.

1° *Comment elle opère.* — A la différence de l'inexistence ou de la nullité absolue, la nullité relative n'opère pas de plein droit, par l'effet direct de la loi ; elle doit être prononcée par une décision du tribunal. Cette décision n'est pas purement déclarative ; c'est un acte véritable d'autorité émanant de l'*imperium* du magistrat, qui crée une situation nouvelle, en supprimant l'acte.

L'action qui tend à faire prononcer ce jugement s'appelle action en nullité.

2° *Effets provisoires de l'acte annulable.* — A la différence de l'acte inexistant ou atteint de nullité absolue, l'acte annulable produit provisoirement tous les effets d'un acte valable, jusqu'au jugement qui, en prononçant la nullité, l'anéantit.

Il en résulte deux conséquences inverses de celles que nous avons constatées plus haut pour l'inexistence et la nullité absolue.

a) La nullité relative ne peut jamais être prononcée d'office par un tribunal.

b) Un acte annulable peut servir de juste titre pour la prescription de dix à vingt ans.

3° *Qui peut se prévaloir de la nullité relative ?* — Tandis que l'inexistence et la nullité absolue peuvent être invoquées par toute personne intéressée, la nullité relative ne peut l'être que par certaines personnes limitativement déterminées par la loi, celles pour la protection desquelles l'action en nullité a été instituée. Ce sont : en cas d'incapacité, l'incapable seul ; et en cas de vice de

volonté ou de consentement, la partie dont la volonté ou le consentement a été vicié.

C'est pour ce motif que cette nullité est dite relative ; elle n'existe que pour certaines personnes, tandis que la nullité absolue existe pour tout le monde.

4° *Comment peut se couvrir la nullité relative.* — Par opposition avec ce que nous avons dit sur ce point pour l'inexistence et la nullité absolue, la nullité relative peut se couvrir par la confirmation et par la prescription.

Confirmer un acte annulable, c'est, de la part de celui qui a le droit d'invoquer la nullité de cet acte, renoncer à son action en nullité. Cette confirmation, nous le verrons plus tard, n'est possible que le jour où le vice qui entachait l'acte a disparu ; autrement, la confirmation serait annulable elle-même comme l'acte initial (art. 1338. C. civ.).

La nullité relative peut aussi disparaître par la prescription. Le législateur est parti de cette idée, que, si la personne qui a l'exercice de l'action en nullité restait un certain temps sans l'intenter, il y avait lieu de supposer son intention d'y renoncer. La base de cette prescription est donc une pensée de confirmation tacite de l'acte. Voilà pourquoi, nous le verrons plus tard, le point de départ du délai est le jour où la confirmation expresse serait possible, et non la date de la confection de l'acte (art. 1304).

Quant au délai lui-même, il est de dix ans pour les actes bilatéraux, c'est-à dire pour les contrats, et de trente ans pour les actes juridiques unilatéraux, tels qu'un testament (art. 1304).

Des effets du jugement qui prononce la nullité d'un acte annulable. — Le jugement qui prononce la nullité d'un acte annulable produit deux effets remarquables, contradictoires en apparence : son autorité est absolue et il opère rétroactivement.

1° *Autorité de chose jugée absolue.* — Le jugement qui prononce la nullité d'un acte annulable est opposable à tous, par dérogation à la règle déjà entrevue (1) « *res inter alios judicata aliis, neque prodest, neque nocet* ». Cela tient à ce que c'est un jugement attributif et non déclaratif. Nous avons eu des applications de cette même idée pour les jugements concernant l'état et la capacité des personnes.

2° *Effet rétroactif.* — Le jugement qui prononce la nullité d'un acte annulable opère rétroactivement et non pas seulement pour

(1) Voir *suprà*, p. 109.

l'avenir. Tout se passe donc comme si l'acte annulé n'avait jamais existé.

Il en résulte des conséquences nombreuses. Nous ne signalerons que les deux suivantes :

a) Lorsque l'acte annulé avait, en fait, été exécuté par les parties, il faut remettre les choses dans l'état antérieur, en procédant à des restitutions réciproques. Nous verrons, cependant, plus tard, que l'incapable ne doit restituer ce qu'il avait reçu que dans la mesure de son enrichissement (art. 1312, C. civ.).

b) Lorsque l'acte annulé est un acte translatif de propriété, tel que la vente d'un immeuble, l'acheteur est censé rétroactivement n'avoir jamais été propriétaire de l'immeuble. Conséquence : tous les actes de disposition consentis par lui sur cet immeuble (constitution d'hypothèque, de servitude, etc.) tombent. par application de la règle déjà rencontrée : « *resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis* » (1).

Conclusion. — De tout ce qui précède il résulte : Que la nullité relative ne diffère de l'inexistence et de la nullité absolue que jusqu'au jugement qui prononce la nullité de l'acte. A partir de ce moment au contraire, il n'existe plus aucune différence entre les trois sortes de nullités.

(1) Voir *suprà*, p. 106.

DEUXIÈME PARTIE

LA FAMILLE

Notions préliminaires.

Idée générale. — Dans son sens le plus large, la famille est l'ensemble des personnes qui sont unies par la parenté ou par l'alliance.

De la parenté. — *Définition.* — La parenté est le lien du sang qui existe entre personnes descendant les unes des autres ou descendant toutes d'un auteur commun, plus ou moins éloigné.

Distinction. — Par cette définition, on voit qu'il existe deux sortes de parenté (art. 736) :

1° La parenté directe qui relie les personnes descendant les unes des autres. Exemple : le grand-père et le père, le fils et le petit-fils ;

2° La parenté collatérale, existant entre les personnes qui, sans descendre les unes des autres, sont issues d'un auteur commun. Exemples : les frères et les sœurs, l'oncle et le neveu.

De la ligne et du degré. — En matière de parenté, il faut soigneusement distinguer la ligne et le degré. La ligne est la série des parents.

Les auteurs d'une personne ou ses ascendants (père, mère, aïeuls paternels et maternels, aïeules maternelles et paternelles), forment la ligne directe ascendante ; tandis que sa postérité, c'est-à-dire ses descendants (fils, petit-fils, arrière-petit fils, etc.) constituent la ligne directe descendante.

La série des personnes descendant d'un auteur commun forme la ligne collatérale.

Le degré est la distance qui existe entre deux parents et l'on compte un degré par chaque génération.

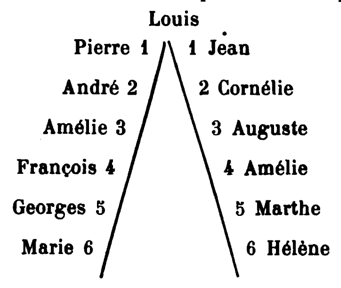
Computation des degrés de parenté en ligne directe. — Pour computer les degrés de parenté, on a l'habitude de comparer la ligne directe à une échelle simple dont chaque échelon formerait un degré (art. 737, C. civ.).

Supposez, par exemple, votre arrière grand-père inscrit à l'échelon supérieur, votre grand-père sera inscrit à l'échelon immédiatement inférieur, votre père au troisième échelon et vous-même au quatrième. Pour savoir à quel degré vous êtes avec votre père ou avec l'un de vos ascendants, vous n'avez qu'à compter le nombre d'échelons que vous devez gravir pour rencontrer son nom. Ainsi, un degré vous sépare de votre père, deux de votre grand-père et trois de votre bisaïeul, et inversement vous dites que votre bisaïeul est à deux degrés avec votre père et à trois degrés avec vous-même.

Computation des degrés en ligne collatérale. — En ligne collatérale. la computation a lieu en se représentant la série des parents comme s'ils étaient placés sur les degrés d'une échelle double, dont le degré supérieur réunissant les deux branches de l'échelle serait occupé par l'auteur commun.

Pour rechercher le degré de parenté existant entre parents de chacune des deux branches, on part de l'un de ces parents, on remonte jusqu'à l'auteur commun pour redescendre de l'autre côté de l'échelle jusqu'à l'autre parent. Le nombre d'échelons qu'on a à franchir, d'un côté et de l'autre de l'échelle, donne le degré de parenté (art. 738, C. civ.) (1).

(1) L'exemple suivant fera mieux comprendre notre pensée :



Supposons Louis auteur commun de deux lignes collatérales.

Il a deux fils, Pierre et Jean ; tous deux sont à un degré de leur père ; mais, entre eux, ils sont à deux degrés. Car Pierre, pour remonter à son

De l'alliance. — L'alliance est le lien qui unit chacun des époux aux parents de l'autre En me mariant, je deviens l'allié de tous les parents de ma femme, et réciproquement ma femme devient l'alliée de tous mes parents. Il est donc évident que mon père ne devient pas l'allié de mon beau-père, pas plus que les maris de deux sœurs ne sont alliés entre eux.

Comme pour la parenté, il faut distinguer l'alliance en ligne directe et l'alliance en ligne collatérale.

L'alliance en ligne directe existe entre l'un des époux et les ascendants de l'autre. C'est le lien qui unit le gendre et la bru au beau-père et à la belle mère.

L'alliance en ligne collatérale existe entre l'un des époux et les collatéraux de l'autre. C'est le lien qui unit les beaux-frères et les belles-sœurs.

Plan de la deuxième partie — Nous diviserons l'étude de la famille, en cinq titres, de la manière suivante :

Titre I. Du mariage.
Titre II. De la filiation.
Titre III. De l'adoption.
Titre IV. De l'obligation alimentaire.
Titre V. De la puissance paternelle.

père, monte un degré, puis pour rejoindre son frère Jean, il en descend un autre, ce qui fait deux degrés. On voit de suite qu'en ligne collatérale, il ne peut y avoir jamais moins de deux degrés.

Comptez de même pour André et Cornélie, tous deux petits-enfants de Louis et cousins germains entre eux, vous verrez qu'ils sont au 4e degré. Entre le neveu André et son oncle Jean, il y a trois degrés.

En continuant jusqu'au bas de l'échelle double, nous arrivons à deux descendantes directes de Louis, l'auteur commun, Marie et Hélène, qui sont, la première par rapport à la seconde, au douzième degré.

C'est la limite après laquelle la loi ne reconnaît plus de parenté en ligne collatérale, ainsi que nous le verrons plus loin, en traitant des successions (**Art. 755**).

TITRE PREMIER

DU MARIAGE

NOTIONS PRÉLIMINAIRES

Définition. — Le mariage est l'union légitime de deux personnes de sexe différent, consacrée par un contrat solennel, que les parties ne peuvent rompre à leur gré.

Traits caractéristiques. — Le mariage présente trois traits caractéristiques qui le différencient nettement du concubinage ou union libre :

1° Il donne lieu à une célébration solennelle devant l'officier de l'état civil ;

2° Il fait naître des obligations réciproques à la charge des deux époux ; obligations reconnues et sanctionnées par la loi ;

3° Il établit entre l'homme et la femme une union qui, normalement, doit durer toute la vie, et qu'ils ne peuvent dissoudre par leur seule volonté.

Sur ce dernier point, le mariage actuel est bien différent du mariage romain, qui pouvait prendre fin, soit par un accord des deux époux, ou *divortium*, soit par la volonté unilatérale de l'un des deux, ou *repudium*.

But du mariage. — L'homme et la femme qui s'unissent par le mariage poursuivent un double but.

1° Par l'union des sexes, ils veulent fonder une famille, en donnant naissance à des enfants qu'ils élèveront en commun.

Cette idée de l'union sexuelle avait été poussée très loin par le Droit canonique. On en tirait deux conséquences :

a) Que le mariage était nul lorsqu'il n'avait pas été consommé ;

b) Que le mariage *in extremis vitæ momenti* n'était pas valable, parce qu'il ne pouvait pas être consommé.

2° Ils veulent former une société de personnes et de biens, afin de mettre en commun, leurs pensées les plus intimes, leurs joies et leurs douleurs.

Importance du mariage. — Le mariage est le plus important des contrats civils. Il n'intéresse pas seulement les futurs époux eux mêmes, pour qui il est l'acte capital de l'existence, puisqu'il doit les rendre heureux ou malheureux. Il intéresse, en outre, leurs parents ; puisqu'il a pour effet de faire entrer un membre nouveau dans la famille. Enfin, il importe au plus haut point à la société elle-même, en ce qu'elle a pour base la famille que le mariage sert à fonder.

Sécularisation du mariage dans le droit moderne. — Avant 1789, le mariage était avant tout un acte religieux, dont la formation dépendait du sacrement consacré par l'Église. Il n'en est plus ainsi depuis que la Constitution de 1791, sécularisant l'état des personnes, a décidé que « la loi ne considère le mariage que comme un contrat civil ». Le nouveau caractère assigné au mariage s'imposait comme une conséquence nécessaire de la suppression de toute religion d Etat en France et de la proclamation du principe de la liberté des cultes.

Au surplus, les époux restent libres de contracter un mariage religieux, suivant les rites de leur culte. Mais, pour éviter que le mariage religieux ne supplante le mariage civil, ce qui aurait fait que des personnes, mariées devant l'Eglise, ne l'auraient pas été d'après la loi, le législateur a pris une mesure salutaire. Il a interdit aux ministres du culte, sous des peines sévères, de procéder à la célébration du mariage religieux avant que le mariage civil ait eu lieu (Loi du 18 germinal an X, art. 54, et art. 199 et 200, C. pén.).

Des promesses de mariage ou fiançailles. — Le mariage est généralement précédé de promesses de mariage ou fiançailles.

Ces promesses ne sont pas obligatoires juridiquement. Chacun des futurs reste libre de dégager sa parole jusqu'au jour où le mariage est conclu. Cela se comprend aisément.

Les fiançailles sont une préparation au mariage ; elles permettent aux futurs époux d'entrer en relation afin de se connaître et de se juger ; elles manqueraient leur but si elles ne laissaient pas aux futurs la liberté de se retirer et de renoncer à l'union projetée.

Cependant, si l'abandon d'un projet d union par l'un des fiancés a lieu sans raison sérieuse et par pur caprice, celui au détriment duquel la rupture se produit a le droit de réclamer des dommages-intérêts pour le préjudice qu'il peut éprouver de cette rupture, tant au point de vue pécuniaire qu'au point de vue moral, par application de l'article 1382 du Code civil.

Division de l'étude du mariage. — Nous diviserons l'étude du mariage en trois sections :

Ire Section. Formation du mariage.
IIe Section. Effets du mariage.
IIIe Section. Dissolution du mariage.

Ire SECTION. — FORMATION DU MARIAGE

Notions préliminaires. — La formation du mariage suppose la réunion de deux sortes de conditions :

1° Des conditions de fond ;
2° Des conditions de forme.

L'absence d'une de ces conditions entraîne comme sanction, tantôt l'opposition au mariage, tantôt la nullité du mariage, s'il a été célébré.

Enfin à la question de formation du mariage se rattache étroitement celle de la preuve du mariage.

Division de la section. — Pour étudier toutes ces questions dans notre section, nous la diviserons en cinq chapitres, de la manière suivante :

Chapitre Ier. Des conditions requises pour pouvoir se marier.
Chapitre II. De la célébration du mariage.
Chapitre III. De l'opposition au mariage.
Chapitre IV. Des nullités du mariage.
Chapitre V. De la preuve du mariage.

CHAPITRE Ier. — DES CONDITIONS REQUISES POUR POUVOIR SE MARIER.

Enumération. — Pour contracter mariage, les conditions suivantes doivent se trouver réunies :

1° La différence de sexe ;
2° Le consentement des futurs époux ;
3° L'âge requis par la loi ;
4° Le consentement des parents ;
5° L'absence d'un mariage antérieur non dissous ;

6° L'absence d'un lien de parenté ou d'alliance ;
7° L'observation de certaines règles particulières.

Division du chapitre. — Nous consacrerons un paragraphe spécial de ce chapitre à l'étude de chacune de ces conditions.

§ 1. — La différence de sexe.

Condition essentielle. — La différence de sexe est une condition essentielle du mariage sur laquelle il est à peine besoin d'insister. Elle résulte de la définition même du mariage, qui. nous l'avons dit plus haut, est l'union d'un homme et d'une femme. Cette condition est tellement conforme à la nature des choses que les rédacteurs du Code n'ont pas cru nécessaire d'en faire une mention expresse.

Conséquences.— Il suit de là qu'un mariage serait inexistant s'il avait été conclu entre personnes de même sexe. La jurisprudence a même décidé que l'absence complète des organes qui caractérisent le sexe, en la personne de l'un des époux, serait une cause de nullité du mariage (Cass., 15 janvier 1872, D. 72.1.52. Voir cependant, Cass.. 6 avril 1903, D. 1904.1.395).

Mais, ni l'impuissance naturelle chez l'homme, ni la stérilité chez la femme ne sont considérées comme des causes suffisantes de nullité.

§ 2. — Consentement des futurs époux.

Principe posé par l'article 146. — Le consentement des futurs époux est une condition essentielle du mariage que les rédacteurs du Code ont formulée très énergiquement dans l'article 146 par cette règle :

« Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement. »

Comme pour les contrats ordinaires, il y a lieu de distinguer les cas où il y a absence totale de consentement et ceux où il y a seulement vice du consentement.

Cas d'absence du consentement. — Il existe deux cas principaux d'absence de consentement :

1° L'un des époux était en état de folie au moment du mariage ;
2° Il était, à ce même moment, en état d'ivresse.

Cas de vices du consentement. — Le consentement existe, mais il est vicié lorsqu'il est entaché d'erreur ou de violence. Nous

étudierons plus loin les vices du consentement lorsque nous ferons la théorie des nullités de mariage.

§ 3. — Age requis par la loi.

Règle établie par l'article 144. — En ce qui concerne l'âge requis, le Code civil a posé la règle suivante : l'homme, avant dix-huit ans révolus, la femme avant quinze ans révolus, ne peuvent contracter mariage (art. 144).

Cette règle se justifie par des considérations d'ordre physiologique et d'ordre moral : d'ordre physiologique, si les futurs étaient trop jeunes, ils donneraient le jour à des enfants chétifs et mal portants ; d'ordre moral, il faut que les futurs époux soient à un âge où ils comprennent l'importance de l'acte qu'ils font et qui va engager toute leur existence.

Dispense possible — Cette règle n'a d'ailleurs rien d'absolu. Des dispenses d'âge peuvent être accordées par le chef de l'Etat pour motifs graves laissés d'ailleurs à son entière appréciation (art. 145). Le motif de dispense, le plus souvent invoqué en pratique, est tiré de la grossesse anticipée de la femme.

***§ 4. — Consentement des parents (1).

Généralités.

Raison d'être du consentement des parents. — Les futurs époux ne peuvent se marier qu'avec le consentement de leurs parents. Cette condition se justifie par une double considération :

1° Par le caractère particulier du mariage ; acte le plus important de la vie, puisqu'il décide du bonheur de l'existence ; acte particulièrement dangereux, à cause des entraînements de la passion, toujours à redouter. D'où l'utilité d'entourer les futurs époux des conseils de l'expérience et de la raison ;

2° Par les effets du mariage. Il fait naître des rapports d'alliance entre chaque époux et les parents de son conjoint, et des rapports de parenté entre les enfants à naître du mariage et les parents des deux conjoints. D'où il est naturel de consulter les chefs de la famille avant d'y faire entrer un nouveau membre.

(1) Nous signalons aux étudiants l'importance des matières par des astérisques : l'importance relative des matières signalées varie suivant que nous employons un, deux ou trois astérisques.

Jusqu'à quel âge le consentement des parents est nécessaire — Majorité matrimoniale. — Il est cependant un âge à partir duquel le mariage est possible malgré le refus des parents. C'est l'âge de la majorité matrimoniale. Pour la femme, il se place à vingt et un ans, en sorte que pour elle la majorité matrimoniale coïncide avec la majorité ordinaire. Pour l'homme, il se place à vingt-cinq ans ; en sorte que, pour lui, la majorité ordinaire précède de quelques années la majorité matrimoniale. A partir de ce moment l'homme ou la femme peut se marier, sans obtenir le consentement de ses parents, en leur adressant des actes respectueux.

Pourquoi cette précocité plus grande attribuée à la femme qu'à l'homme ? C'est parce qu'en retardant le mariage de la femme ou peut rendre son établissement plus difficile ; à partir d'une certaine époque de la vie, au fur et à mesure qu'elle avance en âge, la femme a moins de chances de se marier. Au contraire, il n'y a aucun inconvénient à retarder jusqu'à vingt-cinq ans le mariage des hommes. Avant cet âge, en effet, il est bien rare que l'homme ait une situation indépendante qui lui permette d'entrer en ménage.

Différentes questions à étudier et divisions du paragraphe. — A quels parents faut-il demander le consentement ? Dans quelle forme le consentement doit être donné et quels caractères il présente ? Comment sont réglementés les actes respectueux ? Voilà les différentes questions que nous allons étudier successivement.

Notons, dès maintenant, que sur tous ces points les règles établies par le Code civil ont été simplifiées par la loi du 20 juin 1896 votée sur l'initiative de l'abbé Lemire, député d'Hazebrouck, dans le but de rendre le mariage plus facile.

***a) *Quels sont les parents dont le consentement est nécessaire ?*

Distinction. — Il faut distinguer suivant que le futur époux est un enfant légitime ou un enfant naturel.

1er Cas : Le futur époux est un enfant légitime. — *Sous-distinctions* : Lorsque le futur époux est un enfant légitime, de nouvelles distinctions s'imposent : il peut avoir son père et sa mère ; l'un des deux peut être décédé ; il peut n'avoir que ses aïeuls ou aïeules ou autres ascendants ; il peut n'avoir ni père, ni mère, ni aïeuls, ni aïeules. Etudions ces différentes hypothèses.

a) *Le futur époux a son père et sa mère.* — Il doit demander le consentement à son père et à sa mère. Mais, en cas de dissentiment, le consentement du père suffit (art. 148).

La prédominance que la loi assure ainsi au père à l'égard de la mère s'explique par cette considération qu'il est le chef de la famille et qu'il exerce la puissance paternelle.

Il ne faudrait pas cependant en conclure que la mère n'a pas besoin d'être consultée. Elle peut avoir à invoquer des raisons qui pourront déterminer le père à revenir sur le consentement qu'il a donné. Cela résulte d'ailleurs implicitement du texte même de l'article 148 qui parle de « dissentiment » entre le père et la mère ; le dissentiment implique nécessairement qu'on a consulté la mère sur le projet d'union.

Exception — Il est un cas où la solution précédente est intervertie, et où c'est à la mère qu'appartient le dernier mot. C'est lorsque les parents sont divorcés ou séparés de corps, le consentement de la mère suffira à deux conditions : 1° que le jugement ait été prononcé à son profit ; 2° qu'elle ait obtenu la garde de l'enfant.

C'est ce qu'a décidé avec raison la loi du 20 juin 1896, modifiant à cet égard l'ancien article 152. Il fallait donner à l'enfant un moyen de vaincre un refus systématique de son père, inspiré tantôt par son ressentiment envers la mère, tantôt par le désir immoral de se faire payer son consentement au mariage.

b) *Le futur époux a seulement son père ou sa mère.* — Si l'un des deux parents est décédé, le consentement de l'autre suffit (art. 149).

On assimile au décès l'impossibilité où l'un des époux peut être de manifester sa volonté, par suite de folie, d'absence déclarée, ou d'interdiction (art. 149).

En outre, la loi du 20 juin 1896 assimile au parent qui est dans l'impossibilité de manifester sa volonté celui qui subit la peine de la relégation ou qui est maintenu aux colonies par application de la loi du 20 mai 1854 sur l'exécution de la peine des travaux forcés. — Cependant, le futur époux peut solliciter le consentement de cet ascendant et le produire valablement à l'officier de l'état civil pour se marier (art. 153).

c) *Le futur époux a seulement ses aïeuls et aïeules.* — Si le père et la mère sont morts, ou dans l'impossibilité de donner leur consentement, l'enfant devra obtenir le consentement de ses aïeuls paternels et maternels (art. 150).

S'il y a dissidence entre le grand-père et la grand'mère dans une même ligne, le consentement du grand-père suffit. S'il y a dissentiment entre les deux lignes, ce partage emporte consentement (art. 150).

S'il n'y a d'aïeul que dans une ligne, le consentement de cet aïeul suffit, sans qu'il soit nécessaire de demander le consentement au bisaïeul de l'autre ligne. On ne s'adresse au bisaïeul qu'à défaut d'aïeul dans les deux lignes.

d) *Le futur époux n'a aucun ascendant.* — Si le futur époux n'a plus aucun ascendant, ou, ce qui revient au même, si les ascendants encore vivants se trouvent dans l'impossibilité de manifester leur volonté, il doit demander le consentement du conseil de famille lorsqu'il n'a pas atteint l'âge de 21 ans accomplis. S'il a cet âge, il peut se marier librement sans l'autorisation de personne (art. 160).

** **2e Cas : Le futur époux est un enfant naturel.** — *Distinction* : Si le futur époux est un enfant naturel il faut distinguer deux cas :

1° Il a été reconnu et il a encore ses père et mère ;

2° Il a été reconnu et il n'a plus ni père ni mère ; ou bien il n'a pas été reconnu.

a) *L'enfant naturel a été reconnu et il a ses père et mère.* — Il faut suivre les mêmes règles que pour l'enfant légitime (article 158).

b) *L'enfant naturel reconnu n'a plus ni père ni mère, ou bien l'enfant naturel n'a pas été reconnu.* — Dans ce cas, jusqu'à l'âge de vingt un ans révolus, il devra obtenir le consentement d'un tuteur *ad hoc* qui lui sera nommé. Au delà de cet âge, l'enfant naturel peut se marier librement (art. 159).

Point controversé. — Par qui ce tuteur *ad hoc* doit-il être désigné ? Le Code est muet sur ce point, d'où une controverse entre les auteurs.

D'après les uns (1), c'est le conseil de famille qui doit désigner ce tuteur, conformément aux règles ordinaires. Ce conseil sera composé de personnes connues pour avoir eu des relations d'amitié avec le père ou la mère, lorsque l'enfant naturel a été reconnu. Dans le cas contraire, il comprendrait les personnes que le juge de paix choisirait librement.

(1) Aubry et Rau, V, § 462.

D'après les autres (1), c'est le tribunal qui nommerait le tuteur *ad hoc*. En faveur de cette solution on fait observer que le tribunal offre plus de garantie pour la désignation du tuteur *ad hoc* qu'un conseil de famille, composé de personnes qui n'auront aucune raison d'affection pour l'enfant naturel.

Remarque relative à la preuve du décès des parents. — *Loi du* 20 *juin* 1896. - *Distinction.* — Pour faciliter le mariage, la loi de 1896 a simplifié la preuve du décès des père et mère, et des autres ascendants.

Preuve du décès des père et mère. — Aux termes de cette loi, dont les dispositions sur ce point ont été ajoutées à l'article 155 du Code civil, il n'est pas nécessaire de produire les actes de décès des père et mère des futurs mariés lorsque les aïeuls ou aïeules, pour la branche à laquelle ils appartiennent, attestent ce décès ; il doit être fait mention de leur attestation dans l'acte de mariage.

Preuve du décès des aïeuls ou aïeules. - Si les ascendants dont le consentement est requis sont décédés et si l'on est dans l'impossibilité de produire l'acte de décès ou la preuve de leur absence, faute de connaître leur dernier domicile, il est procédé à la célébration des futurs époux aux conditions suivantes :

1° Qu'ils soient majeurs ;

2° Qu'ils déclarent sous la foi du serment que le lieu du décès et celui du dernier domicile de leurs ascendants leur sont inconnus ;

3° Que cette déclaration soit certifiée par serment des quatre témoins, qui affirment que, quoiqu'ils connaissent les futurs époux, ils ignorent le lieu du décès de leurs ascendants et de leur dernier domicile.

Ces déclarations doivent être mentionnées dans l'acte de mariage par l'officier de l'état civil.

b) *Forme et caractère du consentement.*

Forme du consentement. — *Consentement oral.* — Lorsque les parents assistent à la célébration du mariage, ils donnent leur consentement oralement, sous forme de réponse à l'interrogation que leur adresse l'officier de l'état civil.

Consentement écrit. — Mais, dans certains cas, le consentement oral n'est pas possible. Il en est ainsi lorsque les parents sont em-

(1) Laurent, II, n° 342 ; Huc, II, n° 56.

pêchés d'assister à la célébration du mariage, soit par leur éloignement, soit par la maladie, soit par toute autre cause.

Le consentement est alors donné par écrit soit devant un notaire, soit devant l'officier de l'état civil du domicile de l'ascendant, et à l'Etranger devant les agents diplomatiques ou consulaires français (art. 73, modifié par la loi de 1896) (1). L'acte de consentement doit indiquer le nom de la personne avec laquelle le mariage doit avoir lieu.

Lorsque le consentement émane du conseil de famille, il est constaté par une expédition de sa délibération délivrée par le greffier de la justice de paix.

Caractère du consentement. — Le consentement donné par les parents est révocable jusqu'au jour de la célébration du mariage qui le rend définitif. Le retrait du consentement peut être opéré par voie d'opposition notifiée à l'officier de l'état civil.

**c) *Réglementation des actes respectueux.*

Notion des actes respectueux. — Lorsque les futurs époux ont atteint l'âge de la majorité matrimoniale (25 ans ou 21 ans, suivant le sexe), ils peuvent se marier malgré le refus de leurs parents de consentir à leur projet d'union. Mais ils doivent au préalable et cela pendant toute leur vie, quel que soit leur âge, leur adresser des actes respectueux.

Forme de l'acte respectueux. — L'acte respectueux (2) est un acte écrit par lequel le futur époux somme son ascendant de lui donner son consentement ou de lui fournir les motifs de son refus.

Cet acte est rédigé par un notaire (3) et remis par lui à l'ascendant avec l'assistance d'un notaire en second ou de deux témoins instrumentaires. Le notaire dresse procès-verbal de la remise de cet acte et il y fait mention de la réponse obtenue (art. 154).

Si le notaire ne trouve personne au domicile de l'ascendant ou si ce dernier refuse de le recevoir, le notaire mentionnera l'une de ces deux circonstances dans son procès verbal (art. 154).

But de l'acte respectueux. — Dans la pensée du législateur

(1) Avant cette loi, le consentement ne pouvait être donné que devant notaire.

(2) On disait autrefois sommation respectueuse. Cette expression a paru choquante aux rédacteurs du Code.

(3) Autrefois, c'était un huissier qui intervenait. Les rédacteurs du Code ont trouvé plus convenable de faire appel au ministère d'un notaire.

l'acte respectueux est un moyen destiné à retarder le mariage pour forcer le futur époux à bien réfléchir encore avant de se décider à un mariage dont la conclusion est désapprouvée par ses parents. En définitive, il ne sert en pratique qu'à constater d'une façon authentique que l'ascendant a été consulté et qu'il a refusé son consentement.

Nombre d'actes respectueux. — D'après le Code civil il fallait trois actes respectueux, faits à un mois d intervalle, de 21 ans à 25 ans, pour les femmes, de 24 ans à 30 ans pour les hommes ; au delà de 25 ans ou de 30 ans un acte respectueux suffisait.

La loi du 20 juin 1896 a simplifié cette règle du Code ; elle a décidé qu'un seul acte respectueux suffirait à toute époque (nouvel art. 151).

Délai à observer pour le mariage. — Le mariage ne peut avoir lieu qu'un mois après l'accomplissement de l'acte respectueux (art. 151).

Ce délai est imposé au futur époux dans le but de prolonger ses réflexions et peut-être de lasser sa patience.

A quels ascendants doit être notifié l'acte respectueux ? — L'acte respectueux doit être notifié aux parents auxquels le consentement doit être demandé d'après les règles antérieurement exposées ; donc, suivant les cas, au père et à la mère ; à leur défaut, aux aïeuls ; à leur défaut, aux ascendants du troisième degré.

§ 5. — Absence d'un mariage antérieur.

Principe de monogamie. — Le Code civil a posé le principe de la monogamie dans l'article 147, aux termes duquel on ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier.

Il en résulte qu'une personne qui a été mariée ne peut se remarier qu'en fournissant à l'officier de l'état civil la preuve que son précédent mariage a été dissous par la mort de son conjoint ou par le divorce. La déclaration d'absence ne suffirait pas pour rendre possible un nouveau mariage de l'époux présent (art. 139).

Sanction du principe de la monogamie. — Le principe de la monogamie comporte une double sanction : une sanction civile et une sanction pénale.

La sanction civile consiste dans la nullité du mariage, dont nous parlerons plus loin.

La sanction pénale consiste en ce que le fait de se marier avant la dissolution d'un précédent mariage constitue le crime de biga-

mie puni par le Code pénal des travaux forcés à temps (art. 340, C. pén.).

Moyen de prévenir la bigamie. — Loi du 17 août 1897. — En vue de prévenir la bigamie, la loi du 17 août 1897 a pris deux mesures intéressantes : 1° elle a prescrit la mention de la célébration du mariage en marge de l'acte de naissance des époux (art. 76, C. civ., rectifié *in fine*) ; 2° elle décide que l'acte de naissance que les futurs époux doivent remettre à l'officier de l'état civil pour pouvoir se marier ne doit pas avoir plus de trois mois de date (art. 70 nouveau).

*§ 6. — Absence d'un lien de parenté ou d'alliance.

Raison de cette prohibition. — La prohibition du mariage entre parents et alliés repose sur deux raisons : une raison physiologique et une raison morale.

Raison physiologique. — L'expérience a démontré que le mariage entre parents donne naissance à des enfants mal constitués, rachitiques et malingres.

Raison morale. — L'intimité que les relations de famille établissent entre parents et alliés, serait une cause fréquente de désordre, si la perspective d'un mariage était de nature à légitimer les séductions et les entreprises que la vie commune rend plus faciles entre eux.

Limite de la prohibition entre parents légitimes. — *Parenté en ligne directe.* — La parenté en ligne directe est un obstacle au mariage à l'infini (art. 161).

Parenté en ligne collatérale. — En ligne collatérale, la parenté met obstacle au mariage entre frères et sœurs, oncles et nièces, tantes et neveux, c'est-à-dire jusqu'au 3e degré (art. 162 et 163).

La jurisprudence étend cette prohibition aux grands-oncles grandes-tantes, par rapport aux petits-neveux et petites-nièces, en conformité avec une décision publiée au *Bulletin des lois* le 7 mai 1808 (1).

(1) Le Conseil d'Etat, consulté sur cette question par l'Empereur, avait émis un avis contraire à cette extension le 23 avril 1808. Mais cet avis ne fut pas approuvé ; bien au contraire, l'Empereur fit paraître au *Bulletin des lois* la décision ci-dessus énoncée, interdisant le mariage entre un grand-oncle et sa petite-nièce.

Limite de la prohibition entre alliés. — *Alliance en ligne directe.* — En ligne directe, l alliance est un obstacle au mariage à l infini (art 161).

Alliance en ligne collatérale. — En ligne collatérale, l'alliance est un obstacle au mariage seulement entre beau-frère et belle-sœur (art. 162).

Remarque. — De ce qui précède il résulte notamment :

1° Que le mariage est possible entre cousins germains ;

2° Que deux frères peuvent épouser deux sœurs. Car, nous avons vu (1) qu'un frère n'est pas l'allié de la sœur de la femme de son frère.

3° Qu'un veuf et son fils peuvent épouser respectivement une veuve et sa fille. etc., etc.

Prohibition résultant de la parenté naturelle. — *Limite de la prohibition.* — La parenté naturelle est un obstacle au mariage, comme la parenté légitime, seulement en ligne directe, et en ligne collatérale, à l'égard des frères et sœurs (art. 161 et 162).

Condition d'application. — Pour que cette prohibition s'applique, est-il nécessaire que la parenté naturelle soit légalement établie par une reconnaissance ? La question est discutée ; les articles 161 et 162 ne mentionnent pas cette condition. Cependant, l'opinion générale est qu'il n'y a lieu de tenir compte de la parenté naturelle que lorsqu'elle résulte d'un acte formel de reconnaissance, soit volontaire, soit judiciaire.

Prohibition résultant de la parenté adoptive. — L'adoption est un obstacle au mariage (art. 348) :

1° Entre l'adoptant, l'adopté et ses descendants ;

2° Entre les enfants adoptifs du même individu ;

3° Entre l'adopté et les enfants qui pourraient survenir à l'adoptant ;

4° Entre l'adopté et le conjoint de l'adoptant et réciproquement, entre l'adoptant et le conjoint de l'adopté.

Dispenses possibles. — Des dispenses peuvent être accordées, par décret du chef de l'Etat, rendu après un rapport du ministre de la justice, et sur l'avis du procureur de la République, pour autoriser un mariage entre beaux-frères et belles-sœurs, oncle ou grand-oncle et nièces ou petites-pièces, tante ou grand' tante et neveu, ou petit-neveu (art. 264, C. civ., et arrêté du 20 prairial an XI).

(1) T. I, p. 143.

Sanction des prohibitions précédentes. — La violation des prohibitions précédentes constitue l'inceste. – A la différence de la bigamie, l'inceste n'est ni un crime ni un délit. Il ne comporte que des sanctions civiles ; notamment la nullité du mariage.

§ 7. — Observation de certaines règles particulières.

Enoncé — En dehors des conditions qui précèdent et qui forment le droit commun du mariage, il existe certaines conditions que nous avons groupées dans ce paragraphe, parce qu'elles concernent des situations tout à fait particulières. Elles sont relatives (1) :

1° A l'observation du délai de viduité pour la femme ;
2° A l'abus du divorce ;
3° A l'autorisation des supérieurs hiérarchiques.

1° **Observation du délai de viduité.** – *Enoncé de la règle.* — La femme, veuve ou divorcée, ne peut contracter un nouveau mariage qu'après dix mois révolus depuis la dissolution du mariage précédent (art. 228 et 296).

Raison d'être de la règle. — Cette règle a été établie pour le motif suivant. Nous avons vu que la loi a fixé à trois cents jours ou dix mois la durée de la grossesse la plus longue, et à cent quatre-vingts jours ou six mois, celle de la grossesse la plus courte. Or, si une femme, veuve ou divorcée, pouvait se remarier immédiatement il y aurait *perturbatio sanguinis* et on ne saurait auquel des deux attribuer l'enfant qui naîtrait moins de trois cents jours après la dissolution du premier mariage et plus de cent quatre-vingts jours après le second mariage.

Absence de délai pour l'homme. — La considération qui sert de base à cette règle suffit à expliquer qu'elle ne concerne que la femme et reste étrangère à l'homme. L'homme peut se remarier sans observer aucun délai.

2° **Abus du divorce.** — En vue de prévenir l'abus du divorce, les rédacteurs du Code avaient décidé que les époux qui divorceront ne pourront plus se réunir (art. 295). Ce texte a été remanié dans un sens moins rigoureux par la loi du 27 juillet 1884 qui a rétabli le divorce en France.

D'après le nouvel article 295, la réunion des époux divorcés

(1) La loi du 15 décembre 1904 a abrogé l'article 298 qui interdisait, en cas de divorce, à l'époux coupable de se remarier avec son complice.

n'est interdite que dans le cas où l'un ou l'autre a, postérieurement au divorce, contracté un nouveau mariage suivi d'un second divorce.

3° **Autorisation des supérieurs hiérarchiques**. — D'après deux décrets des 16 juin et 3 août 1808, les militaires des armées de terre et de mer, en activité de service, ne peuvent pas se marier sans l'autorisation de leur supérieur hiérarchique.

***CHAPITRE II. — DE LA CÉLÉBRATION DU MARIAGE.

En quoi consistent les formalités du mariage. — Nous avons dit plus haut que le mariage était un contrat solennel. Les formalités prescrites par la loi sont de trois sortes : les unes précèdent, les autres accompagnent, d'autres suivent le mariage. Elles concourent toutes d'une façon plus ou moins directe, à assurer au mariage la publicité désirable.

Division du chapitre. — Nous diviserons notre chapitre en quatre paragraphes de la façon suivante :

§ 1. Des formalités qui précèdent le mariage.
§ 2. Des formalités qui accompagnent le mariage.
§ 3. Des formalités qui suivent le mariage.
§ 4. De la célébration du mariage en droit international.

§ 1. — Formalités qui précèdent le mariage.

Subdivision. — Les formalités qui précèdent le mariage sont au nombre de deux :

1° Les publications ;
2° La remise de certaines pièces à l'officier de l'état civil.

Nous allons les étudier dans deux parties de ce paragraphe.

**a) *Des publications*.

Définition. — On entend par publication de mariage l'annonce faite au public du projet d'union qui existe entre deux personnes.

But. — Le but des publications est double :

1° Provoquer les oppositions au mariage de la part de ceux auxquels la loi confère ce droit, — comme nous l'expliquerons plus loin ;

2° Faire naître des dénonciations de la part de toute personne

qui connaîtrait l'existence d'empêchements au mariage projeté.

En quoi elles consistent. *En théorie.* — Aux termes de l'article 63 du Code civil. la publication du mariage comporterait trois actes distincts (art. 63 et 64) :

1° La publication proprement dite, consistant dans la lecture du projet d'union faite par le maire devant la porte de la maison commune ;

2° Le procès-verbal de cette publication dressé sur un registre spécial de l'état civil ;

3° L'affichage d'un extrait de cet acte à la porte de la mairie ; il doit durer huit jours entre l'une et l'autre publications.

Pratiquement. — Dans la pratique, la publication elle-même n'a pas lieu. On se borne à en dresser acte sur le registre et à en afficher un extrait à la porte de la mairie, sans en donner lecture, comme l'exige la loi.

Mentions de l'acte de publication. — L'acte de publication doit énoncer les prénoms, noms, professions et domiciles des futurs époux, leur qualité de majeurs ou de mineurs, et les prénoms, noms, professions et domiciles de leurs pères et mères ; il fera connaître, en outre, les jours, lieux et heures où les publications auront été faites (art. 63).

Tenue du registre. — Le registre des publications est tenu simple, à la différence des autres registres de l'état civil qui doivent être tenus doubles ; cela s'explique par l'importance moins grande de ce registre. Sa perte aurait moins d'inconvénient que celle d'un registre de mariage, de décès ou de naissance ; puisqu'il concerne des actes à venir et non des actes actuels.

Ce registre est déposé à la fin de chaque année au greffe du tribunal de l'arrondissement.

Réglementation des publications. — *Jour des publications.* — Les publications ne peuvent avoir lieu qu'un jour de dimanche. Elles ne peuvent être faites ni un jour ordinaire de la semaine, ni même un jour férié. Cette prescription est destinée à donner plus d'efficacité à l'accomplissement de cette formalité.

Nombre de publications. — La loi exige deux publications qui doivent être faites à huit jours d'intervalle.

Délai à observer après la seconde publication. — Le mariage ne peut être célébré avant le troisième jour, depuis et non compris celui de la seconde publication, ce qui fait qu'au plus tôt on ne peut se marier que le mercredi après la dernière publication.

Ce délai a été imposé par la loi aux futurs époux pour laisser

le temps aux oppositions ou aux dénonciations que la seconde publication pourrait provoquer, de se produire utilement.

Dispenses possibles. — Le procureur de la République (1) du lieu où le mariage doit être célébré peut accorder la dispense de la seconde publication pour des causes graves, laissées à son entière appréciation, telles que grossesse avancée, mariage *in extremis*, départ précipité d'un fonctionnaire, etc. Il ne pourrait pas dispenser des deux publications, ni de l'observation du délai entre la publication et le mariage.

Durée d'efficacité des publications. — Les publications de mariage ne conservent leur efficacité que pendant une année. Si le mariage n'a pas été célébré dans l'année, à compter de l'expiration du délai des publications, il ne pourra être célébré qu'après que de nouvelles publications aient été faites (art. 65). Il en est ainsi parce que de nouveaux empêchements ont pu se produire dans l'intervalle et que le public n'en aviserait pas l'officier de l'état civil croyant le projet de mariage abandonné.

Où doivent être faites les publications. — *Principe.* — En principe, les publications doivent être faites à la municipalité du lieu où chacune des parties contractantes a son domicile (art. 166). C'est, en effet, l'endroit où elles seront le plus connues et où, par conséquent, les publications auront le plus de chance d'être utiles.

Publications supplémentaires au cas de résidence insuffisante. — Lorsque le domicile actuel n'est établi que par six mois de résidence les publications devront être faites en outre, à la municipalité du dernier domicile (art. 167). Solution rationnelle ; à son nouveau domicile le futur époux est trop peu connu ; les publications qui y seraient faites ne serviraient à rien.

Publications supplémentaires à l'égard des époux mineurs. — Si l'un des futurs époux est mineur quant au mariage, des publications doivent être faites à la municipalité du domicile des parents dont le consentement est nécessaire pour le mariage (art. 168). Cette formalité supplémentaire est prescrite par la loi pour faciliter aux parents l'exercice de leur droit d'opposition.

Sanction du défaut de publications. Le défaut de publications a pour sanction l'impossibilité pour l'officier de l'état civil de procéder à la célébration du mariage. Mais, si par com-

(1) L'article 169 dit : « il est loisible au Roi ou aux officiers qu'il préposera à cet effet » ; mais l'arrêté du 20 prairial an X, qui est toujours en vigueur, a délégué ce pouvoir aux procureurs de la République.

plicité ou par négligence, le mariage a été célébré, le seul défaut de publication ne suffit pas pour en faire prononcer la nullité.

En pareil cas, l'officier de l'état civil encourt une amende de trois cents francs, et les parties contractantes une amende proportionnée à leur fortune (art. 192).

b) *Remise de certaines pièces à l'officier de l'état civil.*

Enumération. — Les pièces à remettre à l'officier de l'état civil sont les suivantes :

1° *L'acte de naissance* de chacun des futurs époux. Ainsi que nous l'avons déjà dit, d'après la loi du 17 août 1897, cet acte ne devra pas avoir été délivré depuis plus de trois mois, s'il a été délivré en France, ni depuis plus de six mois, s'il a été délivré dans une colonie ou dans un consulat

Celui des époux qui serait dans l'impossibilité de se procurer son acte de naissance, pourra y suppléer à l'aide d'un acte de notoriété délivré par le juge de paix de son lieu de naissance sur l'attestation de sept témoins (art. 71). Cette acte de notoriété doit être homologué par le tribunal du lieu où doit se célébrer le mariage (art. 72).

2° *Actes relatifs au consentement des parents.* — Lorsque les parents n'assistent pas au mariage, les futurs époux doivent produire un acte qui constate leur consentement, ou à défaut, l'acte notarié établissant l'accomplissement de l'acte respectueux.

3° *Acte de décès des ascendants.* — L'acte de décès des père et mère et autres ascendants, dont le consentement est nécessaire pour le mariage, sauf la faculté d y suppléer par le moyen prévu par l'article 155, que nous avons exposé plus haut (1).

4° *Acte relatif à la dissolution du mariage.* — Lorsque l'un des époux était marié précédemment, il doit produire, soit l'acte de décès de son premier conjoint, soit une expédition du jugement de divorce.

5° *Actes de dispenses.* — Si des dispenses ont été accordées, pour l'âge, pour la parenté, l'alliance, ou au point de vue des publications, il faudra en rapporter une expédition authentique.

6° *Certificats de publications.* — Dans le cas où, suivant ce qui a été dit plus haut, des publications ont dû être faites dans des communes autres que celles où le mariage est célébré, les époux

(1) Voir *suprà*, page 114.

doivent présenter un certificat établissant qu'elles ont bien eu lieu régulièrement.

7° *Certificats de non-opposition.* — Aux certificats de publication doivent être joints des certificats constatant qu'aucune opposition au mariage ne s'est produite dans ces communes, ou un acte de mainlevée de celles qui auraient été faites.

8° *Certificats de contrat de mariage.* — S'il a été rédigé un contrat de mariage, les époux doivent remettre à l'officier de l'état civil le certificat, délivré par le notaire, conformément à l'article 1394.

9° *Autorisation des supérieurs hiérarchiques.* — Enfin, les militaires en activité de service doivent produire l'acte d'autorisation de leurs supérieurs hiérarchiques.

Difficultés pratiques. — Vœu de simplification. — La réunion de ces pièces multiples est, en pratique, à la fois une cause de démarches gênantes, et une source de dépenses pour les futurs époux. Aussi, arrive-t-il souvent, dans la classe ouvrière surtout, que l'on se met en ménage purement et simplement, sans passer à la mairie, pour éviter les ennuis et les frais que le mariage entraîne avec lui. Depuis longtemps on a essayé de réagir contre ce danger. En 1826 s'est fondée à Paris la Société de St-François Régis qui a pour but de rechercher les faux ménages et d'en faciliter la régularisation. D'autre part, la loi du 10 décembre 1850 a rendu le mariage moins coûteux aux indigents en décidant que tous les actes dont la production est exigée par la loi seraient visés pour timbre et enregistrés gratis, et en abaissant dans une large mesure la taxe des expéditions des actes de l'état civil. Dans le même ordre d'idées, la loi du 20 juin 1896 a simplifié les formalités du mariage. On a pu se rendre compte, par l'énumération qui précède, qu'elles restent encore bien compliquées et peu accessibles aux individus des basses classes.

**§ 2. — Des formalités qui accompagnent le mariage.

Enoncé général. — Le mariage doit être célébré publiquement par l'officier de l'état civil compétent et avec les formalités prescrites par la loi.

Présence nécessaire de l'officier de l'état civil. — Le mariage est un contrat solennel qui implique la présence d'un officier de l'état civil. Le seul consentement des futurs est insuffisant pour le former. D'autre part, tout autre qu'un officier de l'état

civil, soit un ministre du culte, soit un notaire, ne pourrait pas y présider. C'est la loi du 20 septembre 1792 qui a pour la première fois posé cette règle en France, sécularisant ainsi l'acte de mariage qui, jusque-là, était aux mains du clergé des paroisses.

De l'officier de l'état civil compétent. — *Position de la question.* — La question de savoir quel est l'officier de l'état civil compétent pour célébrer le mariage se confond avec celle de savoir dans quelle commune le mariage peut être contracté valablement.

Controverse. — Cette question a été longtemps controversée en raison de l'opposition entre deux textes : l'article 74 et l'article 165.

Aux termes de l'article 74, le mariage doit être célébré dans la commune où l'un des deux époux a son domicile ; mais, d'après ce texte, le domicile matrimonial serait un domicile spécial qui s'établirait par six mois de résidence continue dans la même commune.

D'après l'article 165, le mariage ne peut avoir lieu que devant l'officier de l'état civil du domicile de l'une des parties.

Comment faut-il entendre ce dernier texte ? En parlant « du domicile de l'une des parties », a-t-il en vue le domicile ordinaire, ou bien, au contraire, se réfère-t-il au domicile spécial défini par l'article 74 ?

1re *Opinion. — Unité de domicile matrimonial.* — D'après une première opinion, il n'y aurait qu'un seul domicile pour le mariage, il serait établi par six mois de résidence continue dans une commune.

Là seulement les époux pourraient valablement se marier. Ils ne le pourraient pas dans le lieu où ils auraient leur domicile réel, sans résidence de six mois.

A l'appui de cette solution, on invoque des arguments pratiques et des arguments de texte.

L'argument pratique est le suivant : le but de la loi ne serait pas atteint si on pouvait se marier au lieu de son domicile réel, sans aucune condition de résidence, parce qu'ainsi les époux pourraient transférer leur domicile en vue du mariage dans un lieu où ils ne seraient pas connus, afin d'éluder les prohibitions de la loi.

Les arguments de texte sont tirés de l'article 74 et de l'article 165. L'article 74 est formel en ce sens. Quant à l'article 165, il ne contredit nullement cette solution ; il la confirme bien au

contraire ; car en parlant purement et simplement du domicile de l'un des époux, il entend se référer au domicile particulier que définit l'article 74 et non au domicile ordinaire Ce qui le prouve bien, c'est que, dans le projet du Code, l'article 165 contenait une addition semblable à celle qui se trouve dans l'article 74 ; si elle a disparu du texte définitif, c'est qu'on a jugé plus convenable de la reporter au titre des actes de l'état civil

2[e] *Opinion. — Dualité du domicile matrimonial.* — L'opinion qui prévaut aujourdhui dans la pratique est que le domicile matrimonial est double. Le mariage peut avoir lieu au gré des époux, soit dans la commune où l'un d'eux a six mois de résidence, aux termes de l'article 74, soit dans la commune où l'un deux a son domicile réel, sans y avoir une résidence de six mois, conformément à l'article 165.

Pour faire prévaloir cette solution on s'est appuyé sur des considérations pratiques. sur les précédents historiques, sur les travaux préparatoires et sur les textes mêmes du Code civil.

Des considérations pratiques. — Ce serait compliquer inutilement les formalités du mariage et retarder sans motif raisonnable sa célébration que de ne pas le permettre dans la commune où l'un des époux a son domicile réel, bien qu'il n'y ait pas encore six mois de résidence. Une pareille solution serait contraire à l'esprit de notre législation qui tend à faciliter le mariage par tous les moyens.

Quant à l'objection tirée de ce que l'on pourrait se marier dans une commune où l'on est inconnu pour éluder une prohibition de la loi, il est facile d'y répondre en faisant observer que les Rédacteurs du Code ont pourvu à cet inconvénient en exigeant que des publications aient lieu dans la commune du précédent domicile, lorsque le domicile actuel n'est pas établi par plus de six mois de résidence (art. 167).

Des précédents historiques. — Cette solution est d'ailleurs conforme à ce que décidait le droit canonique ; elle résultait également de la loi sur l'état civil du 20 septembre 1792.

Des travaux préparatoires. — Au cours de la discussion au Conseil d'Etat, le 26 septembre 1801, Napoléon demanda si une personne pourrait se marier dans la commune de son domicile, quoiqu'elle résidât en dehors de cette commune depuis plus de six mois. A quoi il fut répondu affirmativement

Des textes mêmes — Enfin, les textes eux-mêmes commandent cette solution. En effet, l'article 165 déclare que le mariage sera

célébré devant l'officier civil du domicile de l'une des deux parties, sans préciser autrement la nature de ce domicile et sans aucune référence à l'article 74. On est donc fondé à penser qu'il a fallu viser par là le domicile réel, tel qu'il est réglementé par les articles 102 et suivants.

Caractère de la compétence de l'officier de l'état civil. — La compétence de l'officier de l'état civil est une compétence territoriale : elle s'étend à tout le territoire de la commune, mais ne va pas au-delà. Il en résulte qu'un mariage ne serait pas valablement célébré par l'officier de l'état civil du domicile de l'un des époux, en dehors de sa commune.

Local, jour et heure. — Bien mieux, l'officier de l'état civil ne peut pas, dans sa commune, procéder à un mariage dans un lieu quelconque de son choix. C'est à la mairie même qu'il doit avoir lieu. Cela résulte de l'article 75 : « Le jour désigné par les parties..: l'officier de l'état civil, *dans la maison commune...* » Il n'y a d'exception à cette règle que pour les mariages *in extremis* ; dans ce cas c'est l'officier de l'état civil qui se transporte auprès du mourant pour procéder au mariage.

Le jour du mariage est choisi par les parties, mais l'heure est désignée par l'officier de l'état civil. Le mariage peut avoir lieu indifféremment un jour de semaine ou un dimanche et même un jour férié. la nuit comme le jour.

Des formalités mêmes du mariage. — *Publicité du mariage.* — Le mariage doit être célébré publiquement (art. 165). Cela veut dire que les portes du local où se fait le mariage doivent être ouvertes à tout venant, de façon à permettre à toute personne d'y assister.

Présence obligatoire des époux. — La présence des futurs époux est indispensable à la célébration du mariage. Le mariage est un des rares actes juridiques qui ne peut pas être fait par procuration, à l'aide d'un mandataire (1).

Témoins nécessaires. — Les futurs époux doivent être assistés de quatre témoins, deux pour chaque époux. Ces témoins sont soumis aux mêmes conditions que les témoins des autres actes de l'état civil. Ils peuvent être parents ou non des époux, de nationalité étrangère, de l'un ou de l'autre sexe ; mais ils doivent être majeurs.

(1) Il en est de même du testament.

De la célébration même du mariage. — La célébration même du mariage a lieu de la façon suivante (art. 75) :

1° L'officier de l'état civil donne lecture des pièces que les parties ont dû produire pour se marier, ainsi que du chapitre VI du titre du Code civil sur le mariage, sur les droits et les devoirs respectifs des époux. En fait, il se borne à lire le premier et le dernier article de ce chapitre ;

2° Il interpelle les futurs époux et les personnes qui autorisent le mariage, si elles sont présentes, d'avoir à déclarer s'il a été fait ou non un contrat de mariage ;

3° Il interpelle les parents au sujet du consentement qu'ils doivent donner pour le mariage ;

4° Il demande aux deux époux, l'un après l'autre, s'ils veulent se prendre réciproquement pour mari et pour femme. A cette interrogation, ils doivent successivement répondre : Oui ;

5° Enfin, il prononce, au nom de la loi, qu'ils sont unis par le mariage.

Dès l'instant où ces paroles sacramentelles sont prononcées le mariage existe, même avant la rédaction et la signature de l'acte de mariage, qui n'est prescrit que *ad probationem* et non *ad solemnitatem*. En sorte que, si, dans un mariage *in extremis*, le malade venait à mourir après la prononciation de ces paroles, et avant que l'acte ait été dressé, il mourrait en état de mariage.

Remarque. — De ce qui précède il résulte que l'officier de l'état civil joue un rôle actif dans la formation du mariage ; il n'assiste pas simplement à l'acte, comme un témoin qualifié et pour authentiquer le consentement des époux ; il célèbre véritablement le mariage.

C'est pendant la période intermédiaire que cette idée de la célébration du mariage s'est fait jour.

Il en était autrement en droit canonique, d'après lequel les époux eux-mêmes étaient les ministres du sacrement de mariage, le curé n'intervenant que pour bénir leur union, comme témoin qualifié.

§ 3. — Formalités qui suivent le mariage.

Rédaction de l'acte de mariage. — L'officier de l'état civil doit dresser sur le champ l'acte de mariage, afin de servir de preuve au mariage.

Mentions que l'acte doit contenir. — L'acte de mariage doit énoncer (art. 76) :

1° Les prénoms, noms, professions, âge, lieux de naissance et domicile des époux ;

2° S'ils sont majeurs ou mineurs ;

3° Les prénoms, noms, professions et domiciles des pères et mères ;

4° Le consentement des pères et mères, aïeuls et aïeules, et celui de la famille, dans les cas où ils sont requis ;

5° Les actes respectueux, s'il en a été fait ;

6° Les publications dans les divers domiciles ;

7° Les oppositions, s'il y en a eu ; leur mainlevée, ou la mention qu'il n'y a pas eu d'opposition ;

8° La déclaration des contractants de se prendre pour époux et le prononcé de leur union par l'officier public ;

9° Les prénoms, noms, âge, professions et domiciles des témoins, et leur déclaration s'ils sont parents ou alliés des parties, de quel côté et à quel degré ;

10° La déclaration faite sur l'interpellation prescrite par la loi qu'il a été ou qu'il n'a pas été fait de contrat de mariage, et autant que possible, de la date du contrat, s'il existe, ainsi que les noms et adresse du notaire qui l'aura reçu.

Cette dernière prescription, ajoutée par la loi du 10 juin 1850, connue sous le nom de la loi Valette, est sanctionnée par une amende de cent francs (art. 76 et 50 combinés).

§ 4. — De la célébration du mariage en droit international.

Deux hypothèses à distinguer. — En droit international, le mariage se présente sous deux aspects différents :

1° Mariage des Français à l'étranger ;

2° Mariage des étrangers en France.

Mariage des Français à l'étranger. — *Option offerte aux Français.* — Lorsque des Français se marient à l'étranger, ils ont le droit de le faire, suivant la forme du pays où ils se trouvent par application de la règle « *locus regit actum* », ou bien de faire célébrer leur union par des agents diplomatiques ou consulaires accrédités par la France auprès du pays étranger.

Publications nécessaires. — Lorsque le mariage a lieu devant les autorités étrangères, il doit être précédé en France des publi-

cations prescrites par le Code civil (art. 170). Cette formalité a été ordonnée afin d'empêcher que des Français, se mariant à l'étranger, ne puissent éluder les règles de fond qui régissent le mariage en France.

Sanction de ces publications. — La sanction de ces publications est très controversée. D'après les uns, il n y aurait aucune sanction, la loi n'en ayant pas indiqué. D'après d'autres, le mariage pourrait être annulé. On invoque en ce sens un argument *a contrario* tiré de l'article 170. « Le mariage...., sera valable...., pourvu qu'il ait été précédé des publications.... » Enfin, d'après la jurisprudence, le mariage ne serait annulable que quand les Français auraient été à l'étranger pour frauder la loi française, par exemple, pour éluder la règle du consentement des parents.

Transcription sur les registres de l'état civil. — De quelque façon que le mariage ait été célébré à l'étranger, l'acte de célébration doit être transcrit sur le registre des mariages du lieu du domicile des époux. lorsque ceux-ci reviennent en France. Cette transcription doit être faite dans les trois mois de leur retour (art. 171). Cette formalité est exigée en vue d'assurer la preuve du mariage.

Mariage des étrangers en France. — Ils ont la même faculté que les Français à l étranger. Ils peuvent se marier devant leurs agents diplomatiques ou consulaires, ou devant les officiers de l'état civil du lieu de leur domicile.

***CHAPITRE III. — DE L'OPPOSITION AU MARIAGE.

Définition. — L'opposition est l'acte par lequel certaines personnes, limitativement déterminées par la loi, font défense à l'officier de l'état civil de procéder à la célébration du mariage.

Il ne faut pas confondre l'opposition au mariage avec la simple dénonciation. La dénonciation est un avis que toute personne peut adresser à l'officier de l état civil pour lui faire connaître l'existence d'un empêchement au mariage. L'officier de l'état civil peut n'en tenir aucun compte. Tandis que l'opposition est un acte devant lequel l officier de l'état civil est obligé de s'incliner et qui lui impose la nécessité de surseoir à la célébration du mariage.

Poin s à étudier et division du chap tre. — Nous étudierons, au sujet de l'opposition au mariage, dans autant de paragraphes distincts les points suivants :

§ 1. Qui peut former opposition au mariage et pour quelles causes ?
§ 2. Forme de l'opposition.
§ 3. Effets de l'opposition.
§ 4. Mainlevée de l'opposition.

***§ 1. — Qui peut former opposition et pour quelle cause ?

Enumération. — Ont seuls le droit de former opposition au mariage :

Le conjoint ;
Les ascendants ;
Les collatéraux ;
Le tuteur ou le curateur ;
Le ministère public.

Nous allons les passer en revue successivement.

1° Conjoint. — Le droit de former opposition appartient au conjoint, lorsque son époux tente de se remarier malgré l'existence d'un mariage non encore dissous (art. 172).

2° Ascendants. — *Ordre dans lequel ils ont le droit de faire opposition.* — Le droit de faire opposition appartient d'abord au père et à lui seul. A défaut du père, le droit d'opposition passe à la mère. Enfin, à défaut de père et mère, il est dévolu aux aïeuls et aïeules, du premier degré, et à défaut, à ceux du second degré. Les aïeuls du même degré ont un droit égal de former opposition, sans qu'il y ait de prééminence à établir au profit de la ligne paternelle et à l'encontre de la ligne maternelle. Mais, dans chaque ligne, le droit de former opposition appartient exclusivement à l'aïeul mâle et ne passe qu'à son défaut à l'aïeul du sexe féminin.

Cause de l'opposition. — Les ascendants ont le droit de former opposition au mariage sans avoir à en faire connaître la cause. Nous verrons, cependant, que l'opposition devra être levée par le tribunal s'il n'existe aucun empêchement légal au mariage.

3° Collatéraux. — *Quand ont-ils droit de former opposition ?* — Les collatéraux n'ont le droit de former opposition qu'à défaut d'aucun ascendant (art. 174).

Quels collatéraux ont ce droit. — Les collatéraux auxquels le droit de former opposition est reconnu sont :

Le frère et la sœur, l'oncle ou la tante (1), la cousine ou le cousin germain.

Ce droit ne leur appartient qu'à la condition qu'ils soient majeurs.

Causes pour lesquelles l'opposition est recevable. — Les collatéraux ne peuvent former opposition que pour deux motifs (art. 174):

1° Pour défaut de consentement du conseil de famille ;

2° Pour cause de démence du futur époux.

Dans ce cas, l'opposition ne sera maintenue qu'à la charge par l'opposant de provoquer l'interdiction judiciaire de cet époux et d'y faire statuer dans le délai qui sera fixé par le jugement.

4° **Tuteur ou curateur.** — Pendant la durée de la tutelle ou de la curatelle, le tuteur ou le curateur peut former opposition au mariage du mineur, avec l'autorisation du conseil de famille, pour les deux mêmes causes que les collatéraux.

Il est à remarquer cependant, que pour le tuteur ou le curateur, ces deux causes se ramènent à une seule : le défaut de consentement des parents ; car, il est peu vraisemblable qu'il puisse former opposition pour cause de démence ; et cela pour le motif suivant.

Lorsque le futur époux sera atteint d'aliénation mentale, le conseil de famille refusera son consentement an mariage ; ou s'il l'a déjà accordé il le retirera. En sorte que ce sera toujours pour défaut de consentement du conseil de famille que l'opposition sera faite.

5° **Ministère public.** — *Controverse.* — *Trois opinions.* — La question est controversée de savoir si le ministère public a le droit de former opposition et dans quels cas. Il n'y a pas moins de trois opinions proposées.

Dans un premier système, on accorde au ministère public le droit de former opposition toutes les fois qu'il existe un empêchement légal au mariage. On s'appuie, pour donner cette solution, sur l'article 46 de la loi du 20 avril 1810 sur l'organisation judiciaire qui charge le ministère public de poursuivre d'office l'exécution des lois dans les dispositions qui intéressent l'ordre public.

Dans un second système, on accorde également au ministère public le droit de former opposition, mais seulement pour des causes qui seraient de nature à entacher le mariage de nullité

(1) Il est à remarquer que le neveu et la nièce ne peuvent pas, inversement, faire opposition au mariage de leur oncle ou tante.

absolue, telles que la bigamie, la parenté ou l'alliance (art. 184 et 191). Le ministère public ayant le droit de faire prononcer la nullité, il est logique, dit-on, qu'il puisse s'opposer au mariage; moyen préventif qui présente moins d'inconvénient que la nullité.

Enfin, dans un troisième système, qui a beaucoup de partisans en doctrine, mais qui est abandonné en jurisprudence, le ministère public n'aurait dans aucun cas le droit de former opposition au mariage. A l'appui de ce système, on fait valoir que le droit de former opposition est un droit exceptionnel et qu'il n'y a pas lieu de l'étendre au-delà des termes formels de la loi, par voie d'analogie.

** § 2. — Forme de l'opposition.

Acte d'huissier. — *Son contenu.* — L'opposition est faite par un acte d'huissier. Cet acte, outre les mentions communes à tous les actes de ce genre, doit contenir les mentions suivantes (art. 176):

1° Le nom de l'opposant et la qualité qui lui donne le droit de former son opposition;

2° Les motifs de l'opposition, sauf dans le cas où elle est faite à la requête d'un ascendant;

3° L'élection de domicile dans le lieu où le mariage devra être célébré;

4° La signature de l'opposant ou de son mandataire (art. 66).

De l'élection de domicile. — La loi oblige l'opposant à faire élection de domicile dans le lieu où le mariage doit être célébré afin de faciliter au futur époux la procédure en mainlevée de l'opposition. Sans cette précaution du législateur, cette procédure aurait dû être entreprise devant le tribunal du domicile de l'opposant qui pourrait être très éloigné.

Mais, sur ce point, une difficulté s'élève. Il arrivera souvent, en pratique, que le mariage peut être célébré dans différentes communes. Or, dans les publications, les futurs n'ont pas à indiquer où ils entendent faire célébrer leur mariage. Alors, où devra être faite l'élection de domicile?

C'est là une difficulté que le législateur n'a ni prévue, ni tranchée. Voici comment elle est résolue en pratique.

Si, dans la publication, le lieu de la célébration est indiqué, l'élection de domicile devrait être faite dans cette commune. Au cas contraire, il suffirait de faire élection de domicile dans une

des communes, où le mariage peut être célébré, et de préférence dans celle où est domicilié le futur époux contre lequel l'opposition est dirigée.

Forme de la procuration. — Celui qui a droit de former opposition peut exercer ce droit par lui-même ou par un mandataire. Lorsqu'il use de cette dernière faculté, la procuration doit être spéciale et authentique (art. 66).

Sanction. — Si les formes de l'opposition n'étaient pas observées l'opposition serait irrégulière.

L'officier de l'état civil pourrait ne pas en tenir compte.

Le tribunal devrait, à la requête de l'intéressé, en accorder la mainlevée.

Enfin, l'huissier encourrait la peine de l'interdiction (art. 176).

Signification de l'acte. — A qui elle doit être faite. — L'acte d'opposition doit être signifié (art. 66) :

1° Aux futurs époux, en leur personne, ou à leur domicile ;

2° A l'officier de l'état civil.

La signification consiste à remettre à une personne la copie de l'acte que l'on veut porter à sa connaissance.

A quel officier de l'état civil doit être faite la signification ? La loi ne l'a pas dit expressément.

Mais il résulte clairement de ses dispositions qu'elle peut avoir lieu entre les mains de tout officier de l'état civil qui a fait les publications du mariage. C'est pourquoi, nous l'avons vu, lorsque des publications doivent être faites dans différentes communes, les futurs époux doivent produire un certificat de ces publications et un certificat de non-opposition délivrée par le maire de la commune où elles ont été faites.

Visa et mention. — L'officier de l'état civil auquel est signifié un acte d'opposition doit apposer son visa sur l'original (art. 66).

C'est une formalité imposée par la loi toutes les fois qu'un acte est notifié à un officier public. Cette précaution est prise en vue d'éviter de sa part une dénégation ultérieure qui se heurterait à l'affirmation contraire de l'huissier ; affirmation et négation entre lesquelles il serait bien difficile de choisir.

En outre, l'officier de l'état civil fera, sans délai, une mention sommaire des oppositions sur le registre des publications (art. 67).

Sanction. — Le défaut de signification à l'officier de l'état civil équivaudrait à une absence d'opposition. Il ne pourrait pas, en effet, tenir compte d'une opposition qu'il aurait ignorée.

Quant au défaut de signification aux futurs époux, il déterminerait le tribunal à en accorder la mainlevée pure et simple.

**§ 3. — Effets de l'opposition.

Effets d'une opposition régulière. — L'opposition régulièrement faite met l'officier de l'état civil dans la nécessité de refuser son concours à la célébration du mariage ; et cela, même si, connaissant personnellement les futurs, il était persuadé qu'il n'existe aucun empêchement au mariage.

L'officier de l'état civil qui passerait outre à la célébration d'un mariage frappé d'opposition s'exposerait à une amende de 300 fr. et à une condamnation à des dommages-intérêts (art. 68).

Effets d'une opposition irrégulière. — L'opposition peut être irrégulière, en raison de sa forme, en raison du défaut de qualité de l'opposant, ou en raison de la cause pour laquelle elle est faite, qui n'est pas prévue par la loi.

L'officier de l'état civil peut-il passer outre au mariage, sans tenir compte d'une semblable opposition ? La loi du 20 septembre 1792 lui reconnaissait formellement ce droit. Le Code civil se borne à dire, dans l'article 176, que l'opposition est nulle.

Mais il est conforme à l'esprit qui se dégage de l'ensemble de ses dispositions de décider que l'officier de l'état civil a le droit de ne pas tenir compte d'une opposition irrégulière. Autrement, les précautions minutieuses prises par le législateur pour contenir le droit d'opposition dans de sages limites, seraient sans objet.

Cependant, en fait, les officiers de l'état civil tiennent compte des oppositions même irrégulières, lorsqu'elles révèlent l'existence de véritables empêchements au mariage.

**§ 4. — Mainlevée de l'opposition.

Comment elle peut être donnée. — La mainlevée de l'opposition peut être donnée à l'amiable par l'opposant, ou émaner du tribunal civil d'arrondissement.

Mainlevée amiable. — La loi n'a prescrit aucune forme particulière pour la mainlevée amiable, on en a conclu qu'elle pouvait être donnée verbalement par l'opposant qui assisterait à la célébration du mariage.

Cependant, lorsque la mainlevée est donnée par écrit, on admet généralement qu'un acte sous seing privé est insuffisant, et

qu'il faut un acte notarié. Cette conclusion s'appuie sur l'article 67 qui parle *d'expéditions* d'acte de mainlevée.

Mainlevée judiciaire. - *Qui peut la provoquer.* — A défaut de mainlevée amiable, l'un des deux futurs époux peut assigner l'opposant en justice pour faire prononcer contre lui la mainlevée de son opposition.

Tribunal compétent. — L'assignation peut être donnée soit devant le tribunal du domicile élu dans l'opposition, soit devant le tribunal du domicile réel de l'opposant.

Règles particulières de procédure. — Le législateur a établi des règles particulières de procédure destinées à assurer le jugement rapide de la demande en mainlevée en raison du caractère urgent que présente l'affaire. Absence de préliminaire de conciliation; nécessité pour le tribunal, et en cas d'appel, pour la Cour, de statuer dans les dix jours (art. 177 et 178).

Pouvoirs du tribunal. — Le tribunal doit examiner l'opposition dans la forme et dans le fond.

Le tribunal doit prononcer la nullité des oppositions irrégulières en la forme.

Lorsqu'une opposition est régulière en la forme, le tribunal doit rechercher si elle est justifiée quant au fond. C'est à l'opposant à démontrer qu'il existe un empêchement légal au mariage. Il en est ainsi même lorsque l'opposition émane d'un ascendant; et si la preuve d'un empêchement ne lui est pas fournie, le tribunal est dans l'obligation de prononcer la mainlevée.

Conséquence du rejet de l'opposition. — Si l'opposition est rejetée, le tribunal peut condamner l'opposant à des dommages-intérêts envers les futurs époux, en raison du préjudice qui a pu résulter pour eux du retard apporté à la célébration de leur mariage. Cependant, les ascendants échappent à une semblable condamnation, parce qu'ils sont supposés avoir toujours agi par affection pour les époux, et non dans un esprit de vexation ou d'animosité personnelle (art. 179).

Voies de recours contre le jugement. — Les jugements rendus par le tribunal en matière de mainlevée d'opposition sont susceptibles d'appel et les arrêts de la Cour d'appel peuvent être l'objet d'un pourvoi en cassation. Mais, aux termes de la loi du 20 juin 1896, l'opposition n'est pas recevable contre les jugements ou contre les arrêts par défaut rejetant les oppositions à mariage. On n'a pas voulu favoriser le jeu qui aurait consisté à retarder indéfiniment le mariage en usant de toutes les voies de recours

qui existent de droit commun contre les décisions judiciaires.

A partir de quel moment le mariage est possible. — Le mariage n'est possible qu'à partir du moment où le jugement qui prononce la mainlevée est passé en force de chose jugée, c'est-à-dire lorsqu'il n'est plus susceptible d'appel.

Le pourvoi en cassation n étant pas suspensif, le mariage peut avoir lieu à la suite d un arrêt de Cour d'appel accordant la mainlevée de l'opposition, même s'il était l'objet d'un recours devant la Cour suprême.

Mais alors, il peut arriver que l'arrêt soit infirmé en cassation et qu'en définitive l'opposition soit maintenue par la Cour d'appel de renvoi. Quelle serait l'influence d'un pareil arrêt sur un mariage qui aurait été célébré dans l'intervalle ? A notre avis, cet arrêt n'entacherait pas le mariage de nullité. On se trouverait en présence d'un mariage qui aurait été célébré malgré l'existence d'une opposition ; ce qui, nous le verrons, ne suffit pas pour le faire annuler, en l'absence de tout autre empêchement légal.

***CHAPITRE IV. — DES NULLITÉS DU MARIAGE.

Notions préliminaires.

****Des empêchements au mariage.** — *Définition.* — On entend par empêchements au mariage les causes qui mettent légalement obstacle au mariage entre deux personnes.

C'est ce qui se produit lorsqu'une condition exigée par la loi pour le mariage fait défaut.

Classification. — Il existe deux sortes d'empêchements : les empêchements prohibitifs et les empêchements dirimants.

Les empêchements prohibitifs sont ceux qui ont pour conséquence d'empêcher que l'officier de l'état civil ne procède à la célébration du mariage : mais si celui-ci a passé outre et a célébré le mariage, ils n'entraînent pas la nullité comme sanction. L'officier de l'état civil est seulement passible d'une amende.

Les empêchements dirimants sont ceux qui mettent obstacle au mariage, et qui, si le mariage a été célébré, entraînent sa nullité. Le mot dirimant vient du mot latin « *dirimere* » qui veut dire « rompre ».

Enumération des empêchements prohibitifs. — *Cas certains.* — De l'aveu de tous les auteurs et de la jurisprudence on doit considérer comme empêchements prohibitifs :

1° L'inobservation du délai de viduité par la femme veuve ou divorcée ;

2° L'absence d'actes respectueux ;

3° L'absence de publication ;

4° L'existence d'une opposition ;

5° L'absence du consentement des supérieurs hiérarchiques.

Cas controversés. — On doit y ajouter, bien que certains auteurs (1) y voient des empêchements dirimants :

6° L'empêchement tiré du divorce (art. 295) ;

7° L'empêchement tiré de la parenté adoptive (art. 348).

Cas à rejeter. — Enfin, on ne doit pas y faire entrer :

1° La prêtrise, qui n'est un empêchement ni prohibitif, ni dirimant (2) ;

2° Le défaut de consentement du tuteur *ad hoc* d'un enfant naturel, qui est un empêchement dirimant (3).

Enumération des empêchements dirimants. — *Système de la jurisprudence — Pas de nullité sans texte.* — La détermination des empêchements dirimants est dominée en jurisprudence par le principe suivant : en matière de mariage, il n'y a pas de nullité sans un texte formel ; il n'existe pas, comme pour les autres actes juridiques, de nullité virtuelle, résultant de la violation des règles prohibitives.

Arguments. — En faveur de ce système, la jurisprudence invoque deux sortes d'arguments :

1° Un argument de raison. — La nullité d'un mariage est une cause de perturbation dans les familles et de scandale pour la société, il convient de ne pas en étendre les causes au delà de ce qui est prescrit formellement par un texte de loi.

2° Un argument de texte — Le chapitre IV intitulé : « Des demandes en nullité de mariage », a été rédigé en vue de déterminer les causes de nullité du mariage ; il n'y a pas lieu, dès lors, dans une matière exceptionnelle comme celle-là, d'admettre d'autres causes de nullité que celles qui s'y trouvent formellement exprimées.

Objections contre le système de la jurisprudence. — Le système

(1) Planiol, III, n° 336.

(2) Voir en ce sens Cass., 25 janvier 1888, D. 88.1.97. — En sens contraire, Cass., 26 février 1878, D. 78.1.113.

(3) Certains auteurs, tels que Laurent, y ont vu un simple empêchement prohibitif parce qu'il n'y a pas de texte formel qui prononce la nullité. L'article 182 ne vise, en effet, que l'enfant légitime.

de la jurisprudence est critiqué par la plupart des auteurs, qui lui opposent deux principales objections :

1° Il est contraire à la théorie des nullités en général, sans qu'aucun texte puisse justifier cet abandon des règles ordinaires en notre matière. Quant à l argument tiré du chapitre IV consacré aux demandes en nullité de mariage, il est sans valeur. Il résulte, en effet, tant des travaux préparatoires du Code que des textes eux-mêmes, que le chapitre IV n'a pas pour but de déterminer quelles sont les causes de nullité du mariage, mais quelles personnes peuvent demander la nullité du mariage, dans les cas où cette nullité existe.

Cela résulte des travaux préparatoires. Car, dans la discussion au Conseil d'Etat la question qui fut agitée au sujet de ce chapitre fut celle de savoir non pas pour quelles causes un mariage pourrait être annulé, mais par qui la nullité pourrait être invoquée.

Cela résulte également des textes. Le chapitre IV est intitulé : « Des demandes en nullité du mariage » et non pas « des causes de nullité du mariage ». Et presque tous les articles de ce chapitre s'expriment ainsi « Le mariage ne peut être attaqué que par... », tels les articles 180, 182, 186, 187, ou bien : « Le mariage... peut être attaqué par... », tels les articles 184, 188, 190, 191 ;

2° Après avoir posé ce principe, la jurisprudence elle-même est obligée de l'abandonner et d'admettre certaines causes de nullité, quoiqu'elles ne résultent pas de textes formels. Il en est ainsi, par exemple, du défaut de consentement du tuteur *ad hoc* pour l'enfant naturel, du défaut de publication pour les mariages des Français à l'étranger, d'après l'article 170, et avant la loi du 31 mai 1854, du mariage contracté par le mort civil. Il y a là une contradiction qui est la condamnation du systeme de la jurisprudence.

Liste des empêchements dirimants. — Quoi qu'il en soit, voici quelle est la liste des empêchements dirimants, généralement admis par les auteurs :

1° L'identité de sexe ;

2° L'absence du consentement des futurs époux ;

3° L'absence de célébration devant l'officier de l'état civil ;

4° L'existence d'un mariage antérieur non dissous ; ou la bigamie ;

5° L'existence d'un lien de parenté ou d'alliance au degré prohibé, ou l'inceste ;

6° Le défaut d'âge requis par la loi, ou l'impuberté ;

7° Le défaut de publicité du mariage et l'incompétence de l'officier de l'état civil ;

8° Le défaut de consentement des parents ;

9° Un vice du consentement chez l'un des époux.

Des trois degrés de nullité du mariage. — D'après la plupart des auteurs il y aurait trois degrés de nullité pour le mariage, comme pour les autres actes juridiques :

1° L'inexistence ;

2° La nullité absolue ;

3° La nullité relative.

Division du chapitre. — Pour faire la théorie des nullités de mariage, nous diviserons ce chapitre en cinq paragraphes de la façon suivante :

§ 1. Des mariages inexistants.

§ 2. Des nullités absolues.

§ 3. Des nullités relatives.

§ 4. Des effets de l'annulation du mariage.

§ 5. Théorie du mariage putatif.

§ 1. — Mariages inexistants.

Caractères distinctifs. — Un mariage inexistant est celui qui n'a aucune existence légale. Il se distingue par les caractères suivants :

1° Il n'a pas besoin d'être annulé, à la suite de l'exercice d'une action en justice. Il suffit, en cas de contestation, de faire constater par le tribunal son existence. A aucun moment, même provisoirement, il ne produit d'effets juridiques ;

2° Toute personne intéressée peut, à l'occasion, se prévaloir de l'inexistence d'un mariage ;

3° L'inexistence ne peut se couvrir, ni par le laps de temps, ni par un acte de confirmation.

Cas de mariages inexistants. — *Enumération.* — Un mariage est inexistant lorsqu'une condition essentielle à sa formation et sans laquelle le mariage ne se conçoit pas, fait absolument défaut. Il en est ainsi dans trois cas :

1° Au cas d'identité de sexe ;

2° Au cas d'absence de consentement ;

3° Au cas d'absence de célébration devant un officier de l'état civil.

Identité de sexe. — Il ne peut pas y avoir mariage entre personnes de même sexe. Ce n'est pas là une règle purement théorique ; on en trouve dans la jurisprudence quelques applications pratiques (Montpellier, 8 mai 1872, D. 72.2.48 ; Caen, 23 mars 1882, D. 82.2.155 ; Cass., 6 avril 1903, D. 1904.1.395).

Absence totale de consentement. — Il peut se faire quil y ait absence totale de consentement lorsque l'un des époux était en état de démence ou d'ivresse au moment de la célébration du mariage. En pareil cas, on ne peut pas admettre que le mariage se soit formé. C'est ce que déclare d'ailleurs l'article 146 d'une façon expresse : « Il n'y a pas de mariage, lorsqu'il n'y a pas de consentement. »

Absence de célébration devant un officier de l'état civil. — C'est là une hypothèse plutôt théorique que pratique.

Origine historique de la théorie des mariages inexistants. — La théorie des mariages inexistants ne remonte pas à notre ancien droit où l'on n'en trouve aucune trace. Elle a été imaginée par les auteurs modernes dans le but de suppléer aux lacunes du système de la jurisprudence.

Sans violer la règle : « pas de nullité sans texte », ils ont pu admettre que, dans certains cas où la loi n'a pas déclaré le mariage nul, il ne produirait pas cependant d'effets parce qu'il était inexistant. La loi n'avait pas à en prononcer la nullité, puisqu'en pareil cas le mariage n'existe pas et qu'on ne peut annuler qu'un acte ayant une existence légale.

Jusqu'ici la théorie des mariages inexistants a toujours été repoussée par la jurisprudence (voir notamment un arrêt de cassation du 9 novembre 1887, relatif à un cas de démence de l'un des époux, D. 88.1.161). — Aux termes de cet arrêt, la nullité pour absence de consentement doit être assimilée à la nullité pour vice de consentement. Elle ne peut être invoquée que par l'époux qui n'a pas donné son consentement au mariage ou dont le consentement a été vicié.

***§ 2. — Nullités absolues de mariage.

Caractères distinctifs. — Les nullités absolues de mariage présentent ce caractère essentiel qu'elles sont établies dans un intérêt d'ordre public ; elles reposent sur cette idée que le mariage, lorsqu'il a été contracté malgré l'existence de certains empêche-

ments graves, ne peut pas être maintenu sans danger pour l'ordre social ou pour la morale publique.

Il en résulte les conséquences suivantes :

1° Que cette nullité peut être invoquée par toute personne intéressée et même par le ministère public ;

2° Que cette nullité ne peut pas disparaître par le laps de temps. Quel que soit le temps écoulé depuis le mariage elle peut toujours être invoquée ;

3° Que cette nullité ne peut pas être couverte par l'effet d'une confirmation émanant des époux.

Causes de nullité absolue. — Elles sont au nombre de quatre:

1° La bigamie ;

2° L'inceste ;

3 L'impuberté ;

4° La clandestinité et l'incompétence de l'officier de l'état civil.

Nous verrons cependant que l'impuberté d'une part, la clandestinité et l'incompétence de l'officier de l'état civil présentent certaines particularités qui font qu'on les appelle quelquefois des nullités mixtes.

Personnes qui peuvent exercer l'action en nullité. — *Idée générale.* — La formule générale est fournie par l'article 184. La nullité peut être invoquée par les époux, par tous ceux qui y ont intérêt et par le ministère public.

Après avoir formulé cette règle générale, les rédacteurs du Code en ont fait une application précise en énumérant un certain nombre de personnes rentrant dans les termes de cette formule. Nous allons les indiquer successivement.

1° *Les époux.* — Chacun des deux époux peut demander la nullité du mariage, même celui du chef duquel existe la cause de nullité, comme au cas de bigamie (art. 191).

2° *Ascendants.* — Les pères et mères et les autres ascendants des époux peuvent exercer l'action en nullité, sans justifier d'aucun intérêt pécuniaire ; en raison du seul intérêt moral qu'ils ont à mettre fin au mariage illégalement contracté par leur descendant. Et ce droit leur appartient cumulativement, et non pas successivement comme le droit de former opposition au mariage (art. 191).

3° *Conseil de famille.* — A défaut d'ascendants, le conseil de famille a le droit d'intenter l'action en nullité, pendant la minorité des époux, par l'intermédiaire du tuteur (arg. *a contrario* de l'art. 186).

4° *Collatéraux et enfants d'un autre lit.* — Aux termes de l'article 187, les collatéraux et les enfants d'un autre lit ne peuvent pas exercer l'action en nullité du vivant des deux époux, mais seulement à leur mort. Cela vient de ce qu'en général leur intérêt n'apparaîtra qu'à ce dernier moment, pour écarter de la succession les enfants nés du mariage. Mais il n'est pas douteux que s'ils avaient un intérêt pécuniaire, du vivant même des époux, ils pourraient se prévaloir de la nullité (1).

5° *Précédent conjoint de l'époux bigame.* — Le précédent conjoint de l'époux bigame peut pour cause de bigamie faire annuler le mariage contracté à son détriment. Il a un intérêt évident à exercer cette action. La loi déclare formellement qu'il a le droit de le faire du vivant même de l'époux qui était engagé avec lui (art. 188). C'est la solution contraire à celle donnée par l'article précédent pour les collatéraux et pour les enfants d'un autre lit.

6° *Personne ayant un intérêt pécuniaire.* — Peut également intenter l'action en nullité toute personne ayant un intérêt pécuniaire à attaquer le mariage. Tels sont, par exemple, un créancier, qui a traité avec la femme sans l'autorisation du mari ; un créancier du mari qui veut éviter l'effet de l'hypothèque légale de la femme mariée ; un tiers acquéreur de l'immeuble dotal qui veut échapper aux conséquences de l'inaliénabilité dotale, etc.

7° *Ministère public.* — Le ministère public a le droit de demander la nullité du mariage, au nom de la société comme représentant de l'intérêt général. Ce droit lui est reconnu par trois articles, les articles 184, 190 et 191.

Il ne peut l'exercer que du vivant des deux époux. Lorsque l'un d'eux est décédé, le mariage étant dissous, il ne peut plus agir en nullité, parce que le scandale résultant du mariage a disparu ; l'intérêt général n'exige plus l'intervention du ministère public (2).

(1) C'est ce qui se présenterait, par exemple, dans le cas où l'un des enfants du premier lit viendrait à mourir, l'autre aurait intérêt à attaquer le nouveau mariage de son père ou de sa mère pour écarter de la succession l enfant né de ce mariage.

(2) L'article 190 a soulevé une difficulté d'interprétation. D'après ce texte, en effet, « le procureur de la République...... *peut* et *doit* demander la nullité du mariage, du vivant des deux époux... ». D'apres les uns, il faudrait interpréter le texte en ce sens que le ministère public serait toujours obligé de poursuivre la nullité du mariage. Ce serait pour lui un devoir auquel il ne pourrait pas se soustraire.

D'après les autres, dont l'opinion est plus généralement enseignée, l'article 190 aurait pour but de déterminer le temps pendant lequel le minis-

Particularités de la nullité pour bigamie. — *Conditions de la nullité.* — Pour qu'il y ait bigamie résultant d'un nouveau mariage, il faut que : 1° le mariage antérieur fût valable ; 2° qu'il existât encore au moment de la célébration du second.

Du cas de la nullité du précédent mariage. — Si l'époux, accusé de bigamie, oppose la nullité de son précédent mariage, la validité ou la nullité de ce mariage doit être jugée préalablement : il y a là une question préjudicielle. En effet, si le premier mariage était annulé, le vice de bigamie disparaîtrait et le second mariage serait valable (art. 189).

Du cas d'absence du premier conjoint. — Si le premier conjoint est non pas décédé, mais seulement en état d'absence déclarée, au moment du second mariage, la nullité de ce mariage pour cause de bigamie ne pourra pas être prononcée tant que durera cet état d'absence. Car, on ne pourrait pas rapporter en justice la preuve que l'époux absent vivait encore, et que, par conséquent le précédent mariage n'était pas dissous au moment de la célébration du nouveau.

Cette solution est consacrée par l'article 139 qui ne reconnaît le droit d'attaquer le second mariage qu'à l'époux absent, qui peut agir soit par lui-même, soit par son fondé de pouvoir spécial muni de la preuve de son existence.

Difficulté soulevée par l'article 139. — L'interprétation de cet article 139 a soulevé une difficulté en raison de ses termes ambigus. Lorsque l'état d'absence de l'époux disparu a pris fin, par la preuve certaine de son existence, soit qu'il ait reparu, soit qu'il ait donné de ses nouvelles, à qui appartient l'exercice de l'action en nullité du mariage ?

D'après certains auteurs (1), l'action en nullité ne pourrait être intentée que par l'époux absent ; ni le ministère public, au nom de la société, ni l'époux bigame, ni les personnes intéressées ne pourraient l'exercer.

Cette solution est repoussée par la majorité des auteurs et par la

tère public peut agir. Il peut agir et même il doit agir du vivant des deux époux. Il y aurait ainsi un lien étroit entre cet article 190 et l'article 187 qui ne permet aux collatéraux et aux enfants du premier lit d'intenter l'action qu'à la mort de l'un des époux, et l'article 188 qui autorise à agir du vivant des époux, le conjoint au préjudice duquel a été contracté un second mariage. — Dans ce sens : Planiol, III, n° 378.

(1) Laurent, II, n° 250 ; Huc, I, n°s 455 et 456.

jurisprudence (1) Tel n'est pas le sens de cet article 139. Cet article se place dans la période où il y a incertitude sur l'existence ou sur la mort de l'absent ; et il refuse alors à toute personne le droit de provoquer la nullité du mariage, sauf à l'absent lui-même qui en attaquant le mariage, fera par là même la preuve de son existence.

Mais lorsqu'il n'y a plus incertitude sur l'existence de l'absent, l'état d'absence prend fin ; l'article 139 cesse de s'appliquer, et le droit commun reprend son empire. Dès lors, la nullité pour bigamie peut être invoquée par toute personne intéressée et par le ministère public, conformément à l'article 184.

** **Particularités de la nullité pour clandestinité et pour incompétence de l'officier de l'état civil.** — *Caractère de la clandestinité.* — La clandestinité est un vice qu'il est malaisé de définir. Tout ce qu'on peut dire de plus précis à son égard, c'est qu'elle consiste dans une absence de publicité du mariage. Mais à la différence des autres causes de nullité, telles que la bigamie et l'inceste, qui ne sont susceptibles ni de plus ni de moins, la clandestinité comporte des degrés et laisse place à une large appréciation du tribunal.

Dans quel cas devra-t-on considérer que le mariage n'a pas été entouré d'une publicité suffisante pour entraîner la nullité du mariage ? C'est une question de fait que le tribunal juge souverainement dans chaque espèce, d'après les circonstances particulières qui ont accompagné le mariage. Un point certain, et que nous avons déjà constaté, c'est que le défaut de publication ne suffit pas à lui seul pour entraîner la nullité du mariage. Au surplus, dans la pratique, il serait difficile de citer une seule décision de jurisprudence ayant prononcé la nullité d'un mariage exempt de vice de fond, pour simple clandestinité.

Incompétence de l'officier de l'état civil. — Ce que nous avons dit du caractère variable de la clandestinité ne peut pas s'appliquer à l'incompétence de l'officier de l'état civil. Ce dernier vice n'est pas, comme l'autre, susceptible de plus ou de moins ; l'officier de l'état civil est compétent ou il ne l'est pas. Malgré cela la jurisprudence et les auteurs admettent que la nullité pour incompétence est facultative comme la nullité pour clandestinité.

Et on en donne deux raisons. D'abord, on dit que la compé-

(1) Demolombe, II, n° 264 ; Planiol, II, n° 379 ; Baudry-Lacantinerie, I, n° 396.

tence de l'officier de l'état civil est un élément de la publicité. Ensuite, on s'appuie sur l'article 193 qui prononce la peine de l'amende pour toute contravention aux règles prescrites par l'article 165, « lors même que ces contraventions ne seraient pas *jugées suffisantes* pour faire prononcer la nullité du mariage ».

Remarque sur l'article 191. — A prendre à la lettre l'article 191, il semble qu'un mariage ne peut être annulé pour clandestinité et pour incompétence que lorsque ces deux vices se trouvent réunis en même temps. Ce texte dit, en effet : « Tout mariage qui n'a point été contracté publiquement *et* qui n'a point été célébré devant l'officier public compétent... » Cette opinion est cependant rejetée ; tout le monde admet que la nullité peut être prononcée soit pour incompétence seule, soit pour clandestinité seule. Pour concilier cette interprétation avec les termes de l'article 191, il suffit de lire ce texte de la façon suivante : « Tout mariage qui n'a point été contracté publiquement, et *tout mariage* qui n'a point été célébré devant l'officier public compétent... »

Comment la nullité peut se couvrir. — Par exception à la règle que la nullité absolue ne peut pas se couvrir, la jurisprudence admet que celle qui résulte de la clandestinité ou de l'incompétence de l'officier de l'état civil ne peut plus être invoquée par l'un des époux à l'encontre de l'autre lorsqu'il y a eu possession d'état ; c'est-à-dire lorsque les époux ont cohabité, qu'ils se sont traités comme mari et femme et qu'ils ont été considérés comme tels dans la famille et dans la société.

A l'appui de cette solution on invoque l'article 196, qui porte que lorsqu'il y a possession d'état et que l'acte de célébration du mariage est représenté, les époux sont non recevables à demander la nullité de cet acte. Cette solution est bonne en fait ; il est rationnel et juste de valider un mariage, qui a été irrégulièrement contracté dans la forme, lorsqu'il a été consacré par la possession d'état. On doit avouer cependant que l'interprétation qui est ainsi donnée à l'article 196 n'est nullement conforme à son texte. Le mot « acte » est pris non pas dans le sens de *negotium juris*, comme le fait la jurisprudence, mais, comme synonyme d'écrit, d'instrumentum, d'acte probatoire. Il s'agit, en effet, d'un acte qui est « représenté » ; ce qui ne se conçoit que d'un acte écrit et non d'une opération juridique abstraite. Et d'ailleurs, ce texte est dans une série d articles qui traitent de la preuve du mariage.

** **Particularités de la nullité pour impuberté.** — *Deux particularités.* — La nullité pour impuberté présente deux particularités :

1° Elle ne peut pas être invoquée par les ascendants de l'époux impubère ;

2° Elle peut se couvrir.

Refus de l'action aux ascendants. — Aux termes de l'article 186, le père, la mère, les ascendants et la famille, qui ont consenti au mariage d'un impubère, ne sont pas recevables à en demander la nullité. On n'a pas voulu, suivant l'expression de Portalis, qu'ils puissent « se jouer du mariage après s'être joués des lois ».

La nullité peut se couvrir. — La nullité pour impuberté est couverte dans deux cas (art. 185) :

1° Lorsque l'époux qui était impubère est devenu pubère et que six mois se sont écoulés depuis cette époque.

Le vice se trouve ainsi purgé *ipso facto* ; il est dès lors inutile de maintenir l'action en nullité. Quant au délai de six mois, la loi l'a établi pour laisser aux intéressés un temps suffisant pour exercer l'action à partir de la puberté. La nullité ne disparaît que s'ils l'ont laissé passer sans intenter l'action ;

2° Lorsque la femme qui n'était pas nubile au moment du mariage a conçu avant d'avoir atteint l'âge légal du mariage ou avant l'expiration de six mois depuis cet âge. La grossesse de la femme met fin immédiatement à l'action, parce qu'elle prouve, qu'en ce qui la concerne les prévisions de la loi relative à l'âge de nubilité étaient en défaut.

Il faut d'ailleurs observer que si c'était le mari qui était impubère, la grossesse de la femme serait sans effet sur la nullité du mariage ; car elle pourrait être le résultat d'un adultère.

***§ 3. — Des nullités relatives.

Caractères distinctifs. — Les nullités relatives présentent ce caractère essentiel qu'elles sont basées sur un intérêt purement privé et qu'elles n'intéressent en aucune façon l'ordre public. Leur maintien n'est nullement contraire à l'intérêt général : elle peut seulement porter atteinte à l'intérêt d'un individu ou d'une famille. De là résultent les conséquences suivantes :

1° Ces nullités ne peuvent être invoquées que par certaines personnes limitativement déterminées par la loi, celles pour la protection desquelles elles ont été établies ;

2° Ces nullités peuvent se prescrire ;

3° Elles sont susceptibles de se couvrir par voie de confirmation.

Causes de nullité relative. — La loi a admis deux causes de nullité relative :

a) Les vices du consentement des époux ;

b) L'absence du consentement des parents.

Nous allons consacrer une subdivision de ce paragraphe à chacune de ces deux causes de nullité.

***a) *Vices du consentement des époux.*

Différence avec les contrats ordinaires. — *Absence du dol comme cause de nullité.* — Pour les contrats ordinaires le Code civil admet trois causes de nullité tirées des vices du consentement : le dol, la violence et l'erreur. En matière de mariage, il a admis comme cause de nullité la violence et l'erreur, mais il a exclu le dol.

En le faisant, il s'est conformé à la solution que donnait déjà sur ce point notre ancien droit, et que Loysel traduisait dans son langage pittoresque, par cette formule : « En mariage il trompe qui peut (1). »

Solution des plus sages. Le mariage est un contrat qui est l'occasion de supercheries fréquentes de la part des deux familles ; permettre de le faire annuler pour cause de dol eût été de nature à ébranler cette institution et à jeter le désordre dans la société par des demandes de nullité trop souvent répétées.

De la violence. — *Absence de définition.* — Les rédacteurs du Code n'ont pas défini, à propos du mariage, ce qu'il fallait entendre par la violence ; ils se sont bornés à déclarer, dans l'article 180, que le mariage est annulable lorsque le consentement des deux époux ou de l'un d'eux n'a pas été libre.

Renvoi aux règles générales des contrats. — En présence de ce silence, on est d'accord pour appliquer au mariage les règles qui résultent pour les contrats ordinaires des articles 1111 à 1115, on doit donc entendre par violence toute contrainte, soit morale, soit physique, exercée sur une personne pour lui enlever son consentement. D'autre part, la seule crainte révérentielle envers le père, la mère ou un autre ascendant, sans qu'il y ait eu de violence exercée, n'est pas une cause de nullité suffisante.

Du rapt et de la séduction. — Le rapt et la séduction qui étaient, dans notre ancien droit, des causes de nullité du mariage pour les mineurs, ont cessé d'avoir cette conséquence sous l'empire du

(1) *Institutes coutumières*, liv. I, t. II, n° 3.

Code civil. Cela n'a pas d'ailleurs grand intérêt, parce que bien souvent le rapt et la séduction ou bien seront accompagnés de violence, ou bien seront accompagnés du défaut de consentement des parents.

Au surplus, la violence elle-même est une cause de nullité du mariage plus théorique que pratique. On serait bien en peine de citer une seule décision judiciaire à cet égard.

***De l'erreur.** — *Quand elle est une cause de nullité.* — Aux termes de l'article 180 du Code civil, le mariage est annulable lorsqu'il y a eu erreur dans la personne. Que faut-il entendre par là ?

D'après la jurisprudence, l'erreur dans la personne n'existe que dans deux cas :

1° Au cas d'erreur dans la personne physique. Cette erreur est peu vraisemblable en pratique ; car elle suppose une substitution matérielle d'une personne à une autre au moment de la célébration du mariage. Par exemple, je veux épouser Marie, et au moment de la cérémonie à la mairie, on lui substitue sa sœur Marguerite, en la dissimulant sous un voile épais, de sorte que je me trouve marié avec Marguerite, alors que c'était Marie que je voulais épouser. En réalité, il y a plutôt dans ce cas absence totale de consentement que vice du consentement ;

2° Au cas d'erreur dans la personne civile ou dans l'état civil d'une personne. Exemple : un individu se fait passer pour un autre, en prenant son nom et son état civil. Il n'y a pas erreur sur la personne physique, parce que c'est lui qu'on a voulu épouser ; il y a seulement erreur sur la personne juridique.

De l'erreur sur une qualité substantielle. — Quant à l'erreur sur une qualité, même substantielle, de la personne, elle n'est pas jugée suffisante pour entraîner la nullité du mariage. La jurisprudence est définitivement fixée dans ce sens depuis un arrêt solennel de la Cour de cassation, rendu dans une affaire où il s'agissait du mariage contracté par une jeune fille avec un forçat libéré. La Cour refusa de voir dans cette erreur une cause de nullité du mariage (Cass., 24 avril 1862, D. 62.1.153). Il faudrait en dire de même de l'erreur sur la nationalité ou sur la profession religieuse de l'un des époux (1).

(1) Cette interprétation de l'article 180 est encore contestée par certains auteurs qui voudraient que, comme le Code civil allemand (art. 1533), le mariage pût être annulé quand l'erreur porte sur les qualités personnelles telles que, s'il avait su la véritable situation, il se serait abstenu. Dans ce

A qui appartient l'action en nullité pour violence ou erreur ? — La nullité du mariage pour violence ou pour erreur étant une nullité relative, le droit de l invoquer en justice n'appartient pas à toute personne intéressée. Elle ne peut être exercée que par l'époux dont le consentement a été vicié par l'erreur ou par la violence. Ni l'autre époux, ni les tiers ne peuvent s'en prévaloir.

Bien plus, cette action en nullité est exclusivement attachée à la personne de l'époux auquel la loi l'accorde. Il en résulte :

1° Que ses créanciers ne peuvent pas l'exercer par voie d'action oblique, en vertu de l'article 1166 ;

2° Qu'après sa mort, ses héritiers ne peuvent pas s'en prévaloir. Cependant, ils pourraient continuer l'instance qu'il aurait entreprise de son vivant (argument tiré de l'art. 330).

Comment peut se couvrir l'action en nullité ? — *Confirmation tacite résultant de la cohabitation.* — L'action en nullité n'est pas recevable, toutes les fois qu'il y a eu cohabitation continue pendant six mois depuis que l'époux a acquis sa pleine liberté ou que l'erreur a été par lui reconnue (art. 181). La loi voit, en effet, dans cette cohabitation, une volonté non équivoque de confirmer le mariage.

Prescription. — A défaut d'une semblable cohabitation, on peut se demander si l'action en nullité pourra être intentée indéfiniment, ou si elle est de nature à se prescrire et au bout de combien de temps ?

Sur cette question, qui n'est pas résolue formellement par l'article 181, trois solutions peuvent être proposées :

Tout d'abord, on peut soutenir que l'action en nullité est imprescriptible, comme les actions d'état. Cette opinion compte peu de partisans.

sens : Huc, t. II, nos 75 et suiv. ; Planiol, t. III, no 402. — Voir aussi Demolombe, III, no 253.— Mais cette interprétation peut être considérée comme irrévocable par suite de la circonstance suivante. En 1884, au lendemain du vote de la loi rétablissant le divorce, un groupe d'hommes politiques hostiles à cette institution déposa sur le bureau du Sénat une proposition tendant à élargir un peu le cadre des nullités de mariage établies par le Code civil ; on l'aurait admise, notamment, pour les cas d'erreurs sur les qualités substantielles de la personne. La proposition de loi fut soumise au Conseil d'Etat qui émit un avis défavorable ; ce qui en détermina l'abandon. Le fait seul de cette proposition montre bien que l'interprétation donnée par la jurisprudence à l'article 180 est considérée comme définitive, puisqu'une loi nouvelle était jugée nécessaire pour la supprimer dans l'avenir.

On peut, au contraire, admettre que l'action en nullité dure dix ans, comme les actions en nullité des contrats en général (article 1304)

Enfin, on peut décider que l'action en nullité s'éteint par trente ans seulement, comme toutes les actions pour lesquelles la loi n'a pas admis une prescription de moindre durée (art. 2262). C'est l'opinion généralement adoptée.

Confirmation expresse. — L'action en nullité pourrait-elle également être couverte par une confirmation expresse de l'époux dont le consentement a été vicié ? L'opinion négative est généralement enseignée sur cette question et avec raison. La loi paraît n'avoir pas admis, en notre matière, d'autre moyen de confirmation que la confirmation tacite résultant d'une cohabitation prolongée pendant six mois.

***b) *Absence du consentement des parents.*

Quand il y a nullité. — L'absence du consentement des parents est une cause de nullité lorsque l'époux qui s'est marié sans ce consentement n'avait pas atteint à ce moment l'âge de la majorité matrimoniale, c'est-à-dire vingt et un ans pour la femme, et vingt-cinq ans pour l'homme.

Difficulté à l'égard de l'enfant naturel. — Une difficulté se présente à l'égard de l'enfant naturel pour le cas où il s'est marié sans être pourvu du consentement de son tuteur *ad hoc*. On se demande s'il en résulte la nullité du mariage, la loi ne l'ayant pas formellement décidé dans l'article 182, qui ne concerne que l'enfant légitime. Les partisans de la théorie : « pas de nullité sans texte », refusent d'admettre dans ce cas l'action en nullité. Mais cette solution est repoussée par la grande majorité des auteurs, qui font observer, avec raison, qu'il n'y a pas lieu de traiter l'enfant naturel autrement que l'enfant légitime.

A qui appartient l'exercice de l'action ? — *Enumération.* — L'action en nullité n'appartient qu'à l'époux mineur et aux parents dont le consentement était requis ; elle doit être refusée à toute autre personne.

Epoux mineur. — C'est à lui, tout d'abord, qu'appartient l'action en nullité. C'est dans son intérêt principalement qu'elle a été établie, afin de le protéger contre sa propre faiblesse, contre son inexpérience et contre les entraînements de la passion.

Parents. — L'action en nullité appartient aussi aux parents dont le consentement était nécessaire au mariage ; il en est ainsi

pour mieux protéger le mineur qui pourrait être détourné d'agir lui-même en nullité de son mariage, par suite des mêmes influences qui l'ont déterminé à le contracter.

Quels parents peuvent exercer l'action en nullité ? Il y a lieu de distinguer.

Si, au moment du mariage, le mineur avait son père et sa mère, l'action appartient au père seul. Mais s'il vient à décéder, à disparaître ou s'il devient fou, l'action passe à la mère.

Si, au moment du mariage, les père et mère étant décédés, l'époux mineur devait demander le consentement aux ascendants des deux lignes, c'est à eux simultanément que l'action en nullité appartiendrait, avec la réserve suivante cependant. D'une part, c'est que, dans chaque ligne, l'aïeule ne peut pas l'exercer sans l'autorisation de son mari. D'autre part, si les ascendants d'une ligne consentent après coup au mariage, il en résulte un dissentiment entre les deux lignes qui supprime l'action en nullité, conformément à l'article 150 *in fine*.

Si l'époux, n'ayant plus d'ascendant, n'avait pas obtenu le consentement du conseil de famille, c'est à ce conseil, par l'intermédiaire du tuteur, qu'appartiendrait l'exercice de l'action en nullité.

Remarque. — Il n'y a jamais dévolution de l'action en nullité d'un degré à un autre degré. Ainsi, lorsque les père et mère meurent, étant encore dans le délai pour intenter l'action en nullité, cette action ne passe pas aux aïeuls ou aïeules ; il en est de même pour les autres ascendants.

Refus de l'action à toute autre personne. — L'action en nullité n'appartient pas au conjoint de l'époux mineur. Elle est attachée à la personne comme l'action en nullité basée sur un vice du consentement. En conséquence, elle ne peut pas être exercée par voie d'action oblique par les créanciers, et elle n'est pas transmissible aux héritiers

Comment peut se couvrir l'action en nullité ? — *Distinction* — La nullité peut être couverte à l'égard de l'époux mineur seul, ou à l'égard de l'époux mineur et des ascendants.

Fin de non recevoir à l'égard de l'époux mineur seul. — L'action en nullité ne peut plus être exercée par l'époux qui était mineur au moment du mariage, lorsqu'il s'est écoulé une année sans réclamation de sa part, depuis qu'il a atteint l'âge compétent pour consentir lui-même au mariage. La loi interprète son silence comme une ratification tacite.

Il convient de noter à cet égard : 1° que cette fin de non-recevoir

n'est pas opposable aux ascendants ; 2° qu'en ce qui concerne l'époux lui même, elle n'implique pas la cohabitation ; 3° qu'elle ne pourrait pas être remplacée, par une ratification expresse de l'époux venant à se produire avant la fin de l'année à partir du moment où il a atteint l'âge de sa majorité matrimoniale (1).

Fin de non-recevoir à l'égard de l'époux mineur et des ascendants. — L'action en nullité ne peut plus être intentée, ni par l'époux, ni par les ascendants dont le consentement était requis, toutes les fois que le mariage a été approuvé par ceux dont le consentement était nécessaire, soit expressément, soit tacitement. Par là le vice qui entachait le mariage se trouve purgé.

Le consentement exprès n'est soumis à aucune forme particulière. Il pourrait donc être constaté même par acte sous seing privé. Quant au consentement tacite, il résulte d'abord de cette circonstance, indiquée formellement par la loi, que les ascendants ont laissé passer un an sans demander la nullité du mariage, à partir du moment où ils en ont eu connaissance.

Il résulte aussi de toute autre circonstance, laissée à l'appréciation des tribunaux, qui implique l'adhésion des parents : telle, par exemple, que celle qu'indique Pothier et consistant en ce que l'un d'eux a accepté d'être parrain ou marraine de l'enfant issu du mariage.

Absence de toute autre fin de non-recevoir. — Toute autre fin de non-recevoir à l'action en nullité doit être rejetée, notamment, celle que l'on voudrait tirer de la dissolution du mariage par décès ou par le divorce, ou celle que l'on voudrait tirer du dol de l'époux mineur pour faire croire à sa pleine capacité juridique (art. 1310).

Cet article concerne les contrats en général et il ne paraît pas devoir être appliqué au mariage (2).

(1) Cela résulte du silence du paragraphe 2 de l'article 183 et surtout de la différence de rédaction entre le paragraphe 1 et le paragraphe 2 de cet article. — Dans ce sens : Planiol, III, n° 419 ; en sens inverse : Baudry-Lacantinerie, I, n° 520.

(2) *Autre théorie des nullités.* — La théorie des nullités exposée au texte est celle qui est généralement enseignée. Nous croyons bon cependant de faire connaître une autre théorie qui a été développée par M. Beudant dans son *Cours de droit civil* (*Etat et capacité*, I, n° 275 et suiv.). Il refuse d'admettre les mariages inexistants. D'après le savant professeur, dès que le mariage a une existence de fait, par suite de la célébration, quelque grave que soit la nullité qui l'atteint, il ne peut être annulé que par un jugement ; provision est due au titre qui existe jusqu'à nullité prononcée. Pour lui il faut distinguer trois espèces de nullités : les nullités substantielles, les nullités absolues et les nullités relatives. Les nullités substantielles sont celles qui

§ 4. — Des effets de l'annulation du mariage.

Idée générale. — Un mariage annulé par décision du tribunal doit être considéré comme n'ayant jamais existé. En conséquence, non seulement il cesse dans l'avenir de produire des effets, mais les effets qu'il avait produits dans le passé sont anéantis rétroactivement. Et il en est ainsi au cas de nullité absolue comme au cas de nullité relative.

En cela, un mariage annulé diffère essentiellement d'un mariage dissous, soit par le divorce, soit par la mort de l'un des époux. Le mariage dissous ne produit plus d'effets dans l'avenir, mais les effets produits dans le passé subsistent intégralement.

Conséquences pratiques de la rétroactivité du jugement d'annulation. — De ce que le jugement qui prononce la nullité d'un mariage opère rétroactivement, on peut déduire les conséquences suivantes :

1° La femme ne peut pas invoquer l'incapacité de femme mariée pour faire annuler les actes qu'elle aurait accomplis sans l'autorisation de son mari ;

2° Les époux ne peuvent pas invoquer les clauses de leur contrat de mariage ; les donations en faveur de mariage sont anéanties ; les droits du conjoint survivant ne peuvent pas être reconnus à celui des deux qui survivra à l'autre ;

3° La femme ne peut pas prétendre à une hypothèque légale sur les biens de son mari ;

4° La femme devra reprendre son nom de jeune fille ; elle n'aura pas le droit de porter le nom de son mari, comme une femme veuve ;

résultent de l'absence d'une condition, sans laquelle le mariage ne se conçoit pas : consentement des époux, intervention de l'officier de l'état civil et identité de sexe. Elles correspondent donc complètement aux mariages inexistants de la doctrine ordinaire. Parmi les nullités substantielles, deux ne peuvent pas se couvrir : la nullité pour absence de l'officier de l'état civil et la nullité pour identité de sexe' au contraire, la nullité pour absence de consentement se couvrirait comme la nullité pour vice du consentement. Parmi les nullités substantielles, seule la nullité pour absence d'officier de l'état civil peut être invoquée par toute personne intéressée et par le ministère public. La nullité pour absence de consentement ne peut être invoquée que par l'époux dont le consentement au mariage a fait défaut, comme au cas de vice de consentement ; de même, la nullité pour identité de sexe ne peut être invoquée que par les époux. En ce qui concerne les nullités absolues et les nullités relatives, M. Beudant ne se sépare guère de la doctrine commune.

5° Les enfants nés du mariage ne seront pas légitimes ; ils seront considérés comme des enfants naturels Ce seront même des enfants adultérins ou incestueux, dans le cas où le mariage aura été annulé pour cause de bigamie ou d'inceste. C'est un des cas assez rares où le caractère adultérin ou incestueux de la naissance sera légalement constaté ;

6° Les enfants naturels que les époux avaient avant le mariage ne se trouveront pas légitimés ;

7° Enfin, l'émancipation, dont avaient pu bénéficier les époux par l'effet du mariage, sera considérée comme n'ayant jamais eu lieu.

Restriction à l'effet rétroactif du jugement. — Cependant, le jugement qui prononce la nullité d'un mariage ne peut pas faire disparaître ce fait matériel que l'homme et la femme ont été unis et ont cohabité pendant un certain temps. Il en résulte notamment les conséquences suivantes :

1° La femme, dont le mariage a été annulé, ne peut pas se remarier sans observer, comme une femme veuve ou divorcée, un délai de dix mois ; il y a identité de motifs : la crainte d'une confusion de parts ;

2° La vie commune a établi entre l'homme et la femme des relations d'intérêts qu'il y a lieu de régler sur les bases d'une société de fait.

De l'autorité qui s'attache au jugement de nullité. — *Distinction.* — Le jugement qui statue sur la nullité d'un mariage a une autorité plus ou moins étendue suivant qu'il rejette ou qu'il accueille la demande.

Jugement qui rejette la demande en nullité. — Le jugement qui rejette la demande en nullité d'un mariage a une autorité purement relative aux parties en cause. Il en résulte que, si la nullité est absolue, une autre personne intéressée pourrait entreprendre une nouvelle instance et aboutir au succès de sa demande.

Jugement qui prononce la nullité. — Il en est autrement du jugement qui prononce la nullité d'un mariage. Ce jugement a une autorité absolue, en ce sens que le mariage est annulé, non pas seulement pour les parties en cause, mais aussi à l'égard de tout le monde.

Il en estainsi parce que le jugement n'a pas un caractère purement déclaratif ; il est constitutif d'un état de chose nouveau, tel qu'un jugement de divorce, de séparation de corps ou de séparation de biens (Dans ce sens, Agen, 14 juin 1890, D. 91.2.153).

*§ 5. — Théorie du mariage putatif.

Définition. — On entend par mariage putatif un mariage qui, quoique annulé, conserve cependant dans le passé les effets qu'il avait produits parce qu'il a été contracté de bonne foi par l'un des époux ou par tous les deux (art. 201 et 202).

Ce mariage est qualifié « putatif », du mot latin « putare », qui veut dire penser, parce que les époux pensaient qu'il était valablement contracté.

Origine historique. — La théorie du mariage putatif vient du droit canonique ; elle remonte au XIIe siècle. Aucune théorie semblable n'existait en droit romain.

Deux points à étudier. — Relativement au mariage putatif, deux points doivent être étudiés :

a) A quelle condition un mariage peut être considéré comme putatif ?

b) Quels sont les effets du mariage putatif ?

Nous allons étudier successivement ces deux points dans deux subdivisions de notre paragraphe.

a) *Condition requise pour qu'un mariage soit putatif.*

Condition unique. — Une seule condition est requise par la loi pour qu'un mariage soit putatif : il faut qu'il ait été contracté de bonne foi, par les deux époux ou par l'un d'eux (art. 201).

En quoi consiste la bonne foi. — La bonne foi consiste dans la croyance erronée que le mariage était valable. Elle peut être le résultat d'une erreur de fait ou d'une erreur de droit. Il y a erreur de fait dans le cas, par exemple, où l'un des époux ignore le lien de parenté qui existe entre lui et son conjoint ; il ne sait pas que c'est sa nièce qu'il a épousée ; ou bien il croit que son premier conjoint est décédé, alors qu'il n'était que disparu, etc. Au contraire, il y a erreur de droit dans le cas où l'un des époux ignore que telle circonstance est un obstacle légal au mariage ; par exemple, il pense qu'un mariage est valable entre oncle et nièce. Il y a lieu de tenir un égal compte de l'erreur de droit et de l'erreur de fait, la loi n'ayant pas fait de distinction entre l'une et l'autre. On pourrait, il est vrai, objecter que nul n'est censé ignorer la loi ; mais ce principe reçoit une exception pour l'application des lois qui ont pour but de protéger la bonne foi ; dans ce cas l'erreur de droit est assimilable à l'erreur de fait.

A quel moment doit exister la bonne foi? — La bonne foi doit exister au moment du mariage ; peu importe qu'elle cesse dans la suite ; cela est sans influence sur le mariage.

Preuve de la bonne foi. — La question est très discutée de savoir à qui incombe la preuve de la bonne foi.

Dans une première opinion, on décide que la bonne foi se présume et que c'est à celui qui la conteste à faire la preuve qu'elle n'existe pas. A l'appui de cette solution, on invoque l'article 2268.

Mais on a objecté avec raison que c'est là une règle spéciale à la prescription qu'il n'y avait pas lieu d'étendre en dehors de ses termes formels, en raison de son caractère exceptionnel (1).

Dans une seconde opinion, on admet que la bonne foi doit être présumée lorsqu'il s'agit d'une erreur de fait, mais qu'elle devait être prouvée par l'époux qui invoque les effets du mariage putatif, lorsqu'il s'agit d'une erreur de droit, parce que nul n'est censé ignorer la loi (2).

Enfin, une troisième opinion, qui paraît plus conforme aux principes, met toujours à la charge des époux la preuve de la bonne foi, sans distinguer entre l'erreur de droit et l'erreur de fait (3).

Absence de toute autre condition. — Aucune autre condition n'est requise pour le mariage putatif. Ainsi, il n'est pas nécessaire que l'erreur soit excusable ou plausible, comme l'exigeait le droit canonique.

Il n'est pas nécessaire non plus que le mariage soit existant. Ainsi on devrait traiter comme un mariage putatif celui qui aurait été conclu de bonne foi devant un ministre du culte (Dans ce sens : Bordeaux, 5 février 1883, S. 83.2.137) (4).

L'opinion contraire a cependant été soutenue par des auteurs considérables (5), à l'aide de deux arguments : 1° L'article 201 parle de mariage « qui a été déclaré nul ». Comme tous les articles du chapitre IV, il est étranger au mariage inexistant dont la loi n'a pas parlé ; 2° Un mariage inexistant est le néant ; on ne conçoit pas qu'il puisse produire des effets.

(1) Dans ce sens : Aix, 11 mars 1858, D. 71.5.260.
(2) Dans ce sens : Aubry et Rau, V. 55.460.
(3) Dans ce sens : Demolombe, III, n° 359 ; Beudant, *op. cit.*, p. 413 ; Planiol, *op. cit.*, n° 438.
(4) Dans le même sens : Baudry-Lacantinerie, I, n° 547 ; Beudant, *op. cit.*, p. 413, n° 295 ; Planiol, III, n° 444.
(5) Demolombe, III, n° 354 ; Aubry et Rau, V. 55.460 ; Huc, II, n° 161.

Au premier argument on peut répondre que l'expression mariage déclaré nul est assez large pour comprendre toute espèce de nullité, même le mariage inexistant.

Quant au second argument, on peut le réfuter en disant que le mariage putatif est une création artificielle de la loi, c'est une fiction. Or il n'y a pas plus d'invraisemblance à faire produire des effets à un mariage inexistant qu'à un mariage anéanti par un jugement de nullité.

b) *Effets du mariage putatif.*

Distinction. — Pour déterminer les effets du mariage putatif il faut distinguer suivant que la bonne foi existe chez les deux époux ou chez l'un d'eux seulement.

I. Bonne foi des deux époux. — *Règle.* — Lorsque les deux époux sont de bonne foi, le mariage putatif produit, tant à l'égard des deux époux qu'à l'égard des enfants, tous les effets d'un mariage valable jusqu'au jour du jugement qui annule le mariage. Mais il cesse dans l'avenir de produire ses effets entre époux.

Difficulté en ce qui concerne la légitimation des enfants. — Le mariage putatif a-t-il pour effet de légitimer les enfants naturels que les époux avaient eu antérieurement à ce mariage et qu'ils avaient reconnus ? La question fait doute. En faveur de la solution négative, on invoque : 1° notre ancien droit qui n'admettait pas que le mariage putatif eût pour effet de légitimer les enfants nés antérieurement. Pothier est formel en ce sens. 2° L'article 202 ne fait bénéficier des effets civils que les « enfants issu du mariage ».

Mais l'opinion qui prévaut, c'est que le mariage putatif doit être assimilé en tous points à un mariage dissous, et qu'en conséquence il doit produire, au point de vue de la légitimation, des effets aussi étendus qu'un mariage valable.

La question est plus délicate lorsqu'il s'agit d'enfants adultérins ou incestueux. Prenons un exemple pour plus de clarté. Une femme mariée, dont le mari a disparu, se croyant veuve, a des relations avec un autre homme ; il naît un enfant. Elle se remarie avec cet homme pour légitimer cet enfant ; puis son mariage est annulé pour bigamie, son premier mari étant revenu. En pareil cas, l'enfant se trouve-t-il légitimé ? Les avis sont partagés. D'après la majorité des auteurs (1), la légitimation n'est pas pos-

(1) Dans ce sens, Baudry-Lacantinerie, I, n° 551.

sible, parce qu'un mariage putatif ne peut pas produire plus d'effets qu'un mariage valable. Or les enfants adultérins ou incestueux ne sont pas légitimés par un mariage valable.

D'après quelques auteurs, au contraire, au cas de mariage putatif, la bonne foi des époux aurait pour résultat de faire disparaître le vice même de l'origine des enfants, rendant ainsi la légitimation possible.

Autrement, on aboutirait à ce résultat choquant que les enfants nés entre la célébration du mariage et son annulation seraient légitimes, quoiqu'adultérins ou incestueux alors que ceux qui étaient nés avant le mariage ne bénéficieraient pas de la légitimité (1).

Cessation des effets du mariage putatif dans l'avenir. — A partir du jugement qui prononce la nullité, le mariage putatif cesse de produire ses effets entre époux dans l'avenir.

Ainsi, au cas de décès de l'un des époux après ce moment, le conjoint survivant n'aurait pas droit de venir à sa succession.

II. Bonne foi de l'un des deux époux. — *Formule générale.* — Lorsqu'un seul des deux époux est de bonne foi, le mariage produit tous ses effets à l'égard des enfants et à l'égard de l'époux de bonne foi. Quant à l'époux de mauvaise foi, il subit tous les effets du mariage, dont bénéficient son conjoint de bonne foi et ses enfants ; mais il ne profite d'aucun de ses effets, ni à l'égard de ses enfants, ni à l'égard de son conjoint.

Effets du mariage à l'égard des enfants. — Les enfants auront un droit de succession d'enfants légitimes à l'égard de l'un et de l'autre parent. Mais l'époux de mauvaise foi n'a aucun droit dans la succession des enfants.

La puissance paternelle avec ses attributs appartiendra à l'époux de bonne foi et non à l'époux de mauvaise foi.

Effets du mariage dans les rapports des époux. — L'époux de bonne foi pourra se prévaloir des donations que son conjoint lui aura faites dans le contrat de mariage ; tandis que l'époux de mauvaise foi ne peut pas s'en prévaloir, même si elles ont été stipulées réciproques.

Si la mauvaise foi existe du côté de la femme, elle ne peut invoquer ni l'incapacité de la femme mariée, ni le bénéfice de l'hypothèque légale.

En ce qui concerne les conventions matrimoniales, l'époux de

(1) Dans ce sens, Beudant, *op. cit.*, n° 291.

bonne foi peut demander, ou bien que la liquidation de ses droits s'opère conformément aux clauses du contrat de mariage, s'il en existe un, ou suivant les règles de la communauté légale, s'il n'en a pas été rédigé ; ou bien que la liquidation ait lieu suivant les règles ordinaires des sociétés de fait.

*CHAPITRE V. — DE LA PREUVE DU MARIAGE.

Principe général. — En principe, nul ne peut réclamer les effets civils du mariage, s'il ne présente un acte de célébration du mariage inscrit sur le registre de l'état civil (art. 194).

Exceptions au principe. — Il est fait exception à ce principe dans trois cas :

1° Dans le cas de l'article 46 du Code civil ;

2° Dans le cas exceptionnel où la possession d'état est admise comme preuve du mariage ;

3° Dans le cas où la preuve du mariage résulte d'une procédure criminelle.

Première exception tirée de l'article 46. — Renvoi. — Lorsqu'il n'a pas existé de registres ou lorsque les registres de l'état civil sont perdus, la preuve du mariage pourra se faire tant par titres que par témoins. Cette première exception n'est pas spéciale au mariage ; elle est commune à tous les actes de l'état civil. Nous renvoyons donc sur ce point aux développements que nous avons donnés précédemment.

Deuxième exception tirée de la possession d'état d'époux. — *Définition.* — La possession d'état d'époux est la situation de fait dans laquelle se trouvent un homme et une femme qui vivent ensemble comme gens mariés et qui passent comme tels aux yeux du monde.

Insuffisance de la possession d'état comme preuve du mariage entre époux. — Dans les rapports des époux, la possession d'état n'est pas un moyen de preuve suffisant du mariage (art 195). Il en est autrement, nous le verrons, de la possession d'état d'enfant pour la preuve de la filiation légitime (art. 320). Pourquoi cette différence ? C'est que la possession d'état dont jouit un enfant n'est pas son œuvre personnelle, mais l'œuvre de ses parents ; tandis que la possession d'état d'époux est leur œuvre personnelle. Or, c'est un principe élémentaire que nul ne peut se créer à lui-même un titre. La solution contraire aurait d'ailleurs produit en

pratique des abus regrettables. Elle aurait permis bien souvent, dans les grandes villes notamment, à des gens non mariés d'usurper les droits d'époux légitimes.

Double effet de la possession d'état. — Cependant, la possession d'état d'époux n'est pas dénuée d'effet juridique : 1° Elle corrobore la preuve du mariage résultant de l'acte de l'état civil ; 2° elle sert de moyen de preuve du mariage à l'égard des enfants dans un cas particulier.

****La possession d'état servant à corroborer l'acte de mariage.** — *Formule de l'article* 196. — Aux termes de l'article 196, « lorsqu'il y a possession d'état d'époux et que l'acte de célébration du mariage est représenté, les époux ne peuvent pas, l'un à l'égard de l'autre, demander la nullité de cet acte ».

Interprétation littérale de ce texte. — A prendre ce texte à la lettre, il signifie simplement que la possession d'état d'époux a pour effet de couvrir les vices de forme dont la rédaction de l'acte de l'état civil peut être entachée, par exemple, pour avoir été faite sur une feuille volante, ou pour absence de signature de l'officier de l'état civil. Grammaticalement, c'est ainsi que doit être entendu l'article 196. Le mot acte est pris dans le sens d'écrit, d'*instrumentum*, et non dans le sens de *negotium juris*.

Interprétation donnée à ce texte par la jurisprudence. — Mais nous avons vu plus haut que la jurisprudence avait donné à ce texte une portée plus étendue en décidant que la possession d'état avait pour effet de couvrir les nullités de forme du mariage lui-même, résultant de l'incompétence de l'officier de l'état civil ou de la clandestinité.

La possession d'état servant de preuve du mariage pour les enfants. — Aux termes de l'article 197, la possession d'état suffit à démontrer le mariage des père et mère à l'égard des enfants, à l'effet d'établir la légitimité de ces derniers, lorsque trois conditions sont réunies :

1° Lorsque le père et la mère sont tous deux décédés. En pareil cas, en effet, il serait souvent impossible aux enfants de produire l'acte de mariage de leurs parents s'ils ignorent dans quelle commune ils se sont mariés Il y aurait identité de motif pour étendre cette solution au cas d absence ou de folie des parents ; mais le caractère exceptionnel de l'article 197 ne permet pas de l'étendre à ces deux hypothèses par voie d'analogie.

2° Lorsque l'enfant a eu la possession d'état d'enfant légitime.

Cette possession d'état doit être distincte de la possession d'état d'époux existant dans les rapports du père et de la mère.

3° La possession d'état d'enfant légitime ne doit pas être contredite par l'acte de naissance de l'enfant, s'il est produit en justice.

Troisième exception — Preuve du mariage résultant d'une procédure criminelle. — *Hypothèse prévue.* — En disant que la preuve du mariage résulte d'une procédure criminelle, l'article 198 suppose qu'un délit ou un crime a été commis dont la conséquence a été la suppression de l'acte de célébration du mariage : rédaction sur une feuille volante ou altération des registres. En condamnant le coupable, le tribunal répressif ordonnera que l'acte omis ou falsifié sera établi sur les registres de l'état civil. Voilà comment la preuve du mariage peut résulter d'une procédure criminelle.

A qui appartient le droit d'agir ? — Le droit d'agir appartient aux époux, à toutes les personnes intéressées, ainsi qu'au ministère public. L'article 199 ne donne pas positivement cette solution. Il semble réserver cette action aux époux de leur vivant, et même ne l'attribuer après leur mort, à tous ceux qui y ont intérêt, que dans le cas où ils seraient décédés sans avoir découvert la fraude Mais tout le monde est d'accord pour reconnaître qu'il ne faut pas s'en tenir rigoureusement aux termes de la loi, qui s'est placée dans le cas le plus usuel, sans vouloir limiter à ses prévisions l'exercice de l'action dont il s'agit.

Tribunal compétent. — Du vivant de l'officier de l'état civil coupable, l'action civile peut être portée, suivant les règles ordinaires du Code d'instruction criminelle, accessoirement devant le tribunal répressif saisi de l'action publique, ou au principal, et d'une façon distincte, devant le tribunal civil d'arrondissement.

Règle particulière au cas de décès du coupable. Ministère public partie principale au civil. — Lorsque l'officier de l'état civil coupable est décédé, l'action publique est éteinte par sa mort ; l'action civile ne peut être portée que devant le tribunal civil, à l'encontre de ses héritiers, civilement responsables des faits de leur auteur. Mais alors, l'action est dirigée par le ministère public, en présence des parties intéressées et sur leur dénonciation (art. 200). Solution exceptionnelle ! car, de droit commun, devant les tribunaux civils, le rôle du ministère public est d'être partie jointe et non d'être partie principale. Pourquoi cette dérogation ? C'est qu'on a craint une collusion frauduleuse entre les héritiers de

l'état civil et les époux, en vue d'obtenir par leur connivence la preuve d'un mariage qui n'aurait jamais été célébré. La loi a prévu ce danger de fraude et a pris des mesures pour l'empêcher, seulement après le décès de l'officier de l'état civil ; car, de son vivant, une semblable collusion est peu à redouter en raison des peines auxquelles serait exposé l'officier de l'état civil, en se laissant convaincre du crime ou du délit qu'on lui reproche.

Cas où l'action est prescrite. — Lorsque l'action publique et l'action civile, résultant du fait criminel commis par l'officier de l'état civil, est prescrite, les intéressés n'ont d'autre moyen pour obtenir la preuve du mariage que d'agir par voie de rectification d'acte de l'état civil.

IIe SECTION. — DES EFFETS DU MARIAGE

Enumération et division de la section. — Le mariage produit dans les rapports des époux trois sortes d'effets :

1° Des obligations réciproques pour le mari et pour la femme.

2° La subordination de la femme au mari, ou puissance maritale.

3° L'incapacité de la femme mariée.

Nous consacrerons un chapitre spécial de cette section à l'étude de chacun de ces effets du mariage.

CHAPITRE Ier. — OBLIGATIONS RÉCIPROQUES DES ÉPOUX.

Enumération. — Les époux se doivent mutuellement fidélité, secours, assistance (art. 212) ; ils doivent cohabiter ensemble (art. 214).

Du devoir de fidélité. — *Sa double sanction.* — Le devoir de fidélité comporte une double sanction, une sanction pénale et une sanction civile.

Sanction pénale. — Inégalité de l'homme et de la femme. — La violation du devoir de fidélité, qui constitue l'adultère, est un délit correctionnel. Mais, à cet égard, la femme est plus sévèrement traitée que le mari, à deux points de vue.

1° L'adultère du mari n'est un délit que lorsqu'il entretient une

concubine dans le domicile conjugal. L'adultère de la femme est toujours punissable en quelque lieu et dans quelques conditions qu'il se produise (art. 339, C. pén.).

2° L'adultère du mari n'est punissable que d'une amende, tandis que l'adultère de la femme entraîne la peine de l'emprisonnement, dont la durée peut être portée à deux années.

On a beaucoup critiqué cette inégalité de traitement entre l'homme et la femme, en disant qu'au point de vue moral la faute était la même et devait comporter une répression identique pour les deux époux.

Mais, cette différence se justifie par les conséquences différentes qui résultent de l'adultère du mari et de celui de la femme. L'adultère de la femme a pour conséquence de faire considérer comme enfant légitime de son mari l'enfant qui naît de ses relations coupables, tandis que l'adultère du mari n'est pas susceptible de produire un semblable résultat.

Du devoir de secours. — Le devoir de secours n'est pas autre chose que l'obligation alimentaire qui incombe aux époux l'un envers l'autre Cette obligation ne présente d'intérêt dans la pratique que dans deux cas :

1° Lorsqu'il y a rupture de la vie commune à la suite d'une séparation de corps amiable ou judiciaire. Dans ce cas, l'époux qui est dans le besoin a le droit de réclamer une pension alimentaire à son conjoint, d'après les règles du droit commun (1).

2° Lorsque l'un des époux est décédé, le conjoint survivant peut réclamer une pension alimentaire à la succession, aux termes de la loi du 9 mars 1891, article 2, qui a modifié l'article 205 du Code civil.

Ce deuxième point demande quelques développements.

De la pension alimentaire due par la succession au conjoint survivant. — Loi du 9 mars 1891. — *Caractère exceptionnel de cette loi.* — En accordant à l'époux survivant le droit de réclamer une pension alimentaire à la succession de son conjoint prédécédé, la loi de 1891 a dérogé au droit commun, d'après lequel la dette alimentaire s'éteint par la mort de celui qui en est tenu, et ne se transmet pas à ses héritiers.

Conditions d'exercice de ce droit. — Pour pouvoir exercer ce droit, les conditions suivantes doivent être réunies :

1° Il faut que le conjoint survivant se trouve dans le besoin au moment de l'ouverture de la succession ;

(1) Voir t. I, p. 196 et suiv.

2° Il faut qu'il exerce son action dans le délai d'un an à partir du décès, ou jusqu'à l'achèvement du partage, si ses opérations se prolongent au delà d une année ;

3° Il faut qu'il n'y ait pas eu divorce prononcé, parce qu'alors il n'y a plus d'époux et la pension alimentaire manque de base.

Au contraire, la séparation de corps prononcée en justice, même aux torts de l'époux survivant, ne le prive pas de son droit à la pension (1).

Qui est tenu de la pension almentaire ? — Aux termes de la loi de 1891, c'est « la succession » de l'époux prédécédé qui doit des aliments à l'époux survivant. Cette expression est impropre ; la succession ne peut pas être tenue d'une obligation alimentaire puisqu'elle ne forme pas une personne morale. Ce sont les héritiers et les successeurs irréguliers qui en sont tenus, chacun d'eux pour sa part et portion dans la succession. La loi a employé cette expression impropre, uniquement pour dire que l'obligation alimentaire ne s étend pas au delà de l'actif net de la succession.

Montant de la pension alimentaire. — La pension alimentaire du conjoint survivant comporte une double limitation : d'une part, elle doit être proportionnée aux besoins de l'époux survivant, au moment de l'ouverture de la succession ; d'autre part, elle ne peut pas dépasser l'actif net de la succession.

La pension alimentaire est-elle susceptible de variation ? Suivant les règles du droit commun, elle peut être diminuée, ou même être supprimée, si les besoins de l'époux survivant diminuent ou disparaissent. Mais, contrairement au droit commun, elle ne peut être élevée au delà de la somme fixée au moment de l'ouverture de la succession, en raison de ses besoins existant à ce moment là.

Conflit entre le conjoint survivant et les légataires particuliers. — Lorsque l'actif net recouvré par les héritiers n'est pas suffisant pour parfaire le paiement de la pension alimentaire, elle doit être supportée par tous les légataires particulier proportionnellement à leur émolument Toutefois, si le défunt a expressément déclaré que tel legs sera acquitté de préférence aux autres, il y a lieu de tenir compte de cette expression de volonté.

Du devoir d'assistance. — Le devoir d'assistance est bien

(1) Il en est ainsi, bien que le droit de succession soit refusé au conjoint contre lequel la séparation de corps a été prononcée en justice (art. 767, § 2) ; et cela, parce que son droit ne peut pas être moins fort après le décès de son conjoint qu'il n'aurait été de son vivant.

distinct du devoir de secours. Il consiste principalement dans les soins personnels qu'un époux doit donner à son conjoint, malade ou infirme, et dans l appui moral qu'ils se doivent mutuellement dans les circonstances difficiles de l'existence.

Cette obligation ne comporte aucune sanction directe. Son inobservation peut seulement être considérée, au titre d'injure grave, comme une cause de divorce ou de séparation de corps.

Devoir de cohabitation. — *En quoi il consiste.* — Le devoir de cohabitation astreint la femme à habiter avec son mari et à le suivre partout où il juge à propos de résider ; il consiste pour le mari à recevoir sa femme et à lui fournir tout ce qui lui est nécessaire pour les besoins de la vie, selon ses facultés et son état.

Moyens de sanction adoptés par la jurisprudence. — Dans le silence de la loi sur la sanction du devoir de cohabitation, la jurisprudence a eu recours à différents moyens pour assurer son observation par l'un et l'autre époux.

1° Emploi de la *manus militaris* (1), retenue ou saisie des revenus de la femme (2). ou condamnation de la femme à une astreinte (3), en raison de tant par jour de retard, lorsqu'elle refuse de réintégrer le domicile conjugal ;

2° Condamnation du mari à servir une pension alimentaire à sa femme ou à lui payer des dommages-intérêts, lorsque c'est le mari qui refuse de recevoir sa femme à son domicile.

Cessation du devoir de cohabitation. — Le devoir de cohabitasion cesse : au cas de séparation de corps prononcée judiciairement et au cas de divorce. Il cesse également pendant l'instance tendant à l'un de ces deux résultats, en vertu d'une ordonnance du président du tribunal. Il disparaît également pour la femme, lorsque le mari lui fait subir des mauvais traitements ou lui rend l'existence insupportable par son genre de vie.

CHAPITRE II. — DE LA PUISSANCE MARITALE.

En quoi elle consiste. — La puissance maritale consiste en ce que, dans l'association formée par le mariage, le mari est le

(1) Paris, 11 juin 1863, D. 63.2.284. — *Contrà*, Aix, 22 mars 1884, S. 84. 2.93.
(2) Paris, 27 janvier 1855, D. 55.2.208.
(3) Cass., 26 juin 1878, D. 79.1.80.

chef de la famille, auquel la femme est subordonnée quant à sa personne et quant à ses biens.

Origine historique. — *Controverse.* — L'origine historique de la puissance maritale est très discutée. On n'est guère d'accord que sur un point, c'est que cette institution n'est pas d'origine romaine. A Rome, toute l'organisation de la famille reposait sur la *patria potestas*. Dans le mariage *cum manu* la femme était bien placée dans un état de dépendance très étroit, mais la *manus* n'était qu'une variété de la *patria potestas*, et elle n'appartenait pas au mari, mais au *paterfamilias* du mari, lorsque ce dernier était *alieni juris*. Dans le mariage *sine manu*, la femme était complètement libre de sa personne et de ses biens, sauf en ce qui concerne les biens que la femme apportait en dot à son mari.

En dehors de là, les opinions sont partagées en ce qui concerne l'origine de la puissance maritale. Deux opinions principales ont été émises à ce sujet.

Système de l'origine chrétienne. — D'après un auteur (1), la puissance maritale aurait pour origine les idées chrétiennes d'après lesquelles le mari est le chef de la femme, ainsi que le portent les textes suivants : « *sub potestate viri eris* », « *vir caput mulieris* ». Ces idées se seraient affirmées et développées grâce aux mœurs germaniques, et auraient été formulées en règles juridiques au XIIIe siècle.

Système de l'origine germanique. — L'opinion la plus généralement enseignée est que la puissance maritale vient des coutumes germaniques, et a pour origine le *mundium* que le mari exerçait sur sa femme. Du droit germanique elle serait passée dans notre ancien droit coutumier et serait ainsi parvenue jusqu'à nous.

La puissance maritale sous le Code civil. — Le Code civil fait à peine mention de la puissance maritale. Il n'en est question que dans un seul article, l'article 1388, au titre du contrat de mariage, dans lequel la loi déclare que les époux ne peuvent pas déroger aux droits résultant de la puissance maritale sur la personne de la femme. D'autre part, au titre du mariage, l'article 213 porte que le mari doit protection à sa femme, et la femme obéissance à son mari, formule très vague et sans portée pratique.

Conséquences de la puissance maritale. — Il est cependant facile de dégager des solutions éparses dans différents textes ou des décisions de la jurisprudence des Cours et des tribunaux, les

(1) Lefebvre, *Cout. franç. du mar.*, p. 397.

conséquences de la puissance maritale. On peut les résumer ainsi :

1° L'incapacité de la femme mariée, à laquelle nous consacrerons un chapitre spécial, en raison de l'importance de la matière ;

2° L'acquisition par la femme de la nationalité de son mari ;

3° L'unité de domicile ; la femme a de droit son domicile chez son mari ;

4° Le droit pour le mari de surveiller les relations de sa femme et les correspondances qu'elle reçoit ou celles qu'elle envoie (1) ;

5° La prédominance du mari quant à l'exercice de la puissance paternelle à l'égard des enfants communs ;

6° La prédominance du mari quant à l'administration des biens communs et des biens de la femme sous la plupart des régimes matrimoniaux.

Cependant, la puissance maritale ne comporte pas, comme la puissance paternelle, le droit de correction. Le mari qui a des causes graves de mécontentement à faire valoir contre sa femme a un moyen de sanction suffisamment énergique dans la séparation de corps ou dans le divorce (2).

***CHAPITRE III. — DE L'INCAPACITÉ DE LA FEMME MARIÉE.

Notions préliminaires.

En quoi consiste l'incapacité de la femme mariée. — D'une façon générale, on peut dire que l'incapacité de la femme mariée consiste en ce qu'elle ne peut faire aucun acte relatif à l'exercice de ses droits civils sans l'autorisation de son mari. A cet égard la condition de la femme mariée est bien différente de celle de la femme en dehors du mariage qui a la même capacité que l'homme.

Origine historique. — *Droit romain.* — L'origine de cette règle ne doit pas être cherchée dans le droit romain. A Rome, les femmes mariées et non mariées étaient dans le même état d'in-

(1) Cependant lorsque ce droit est exercé d'une façon abusive, on peut y voir une injure grave, et en faire résulter une cause de divorce.

(2) On peut également rattacher à la puissance maritale et à l'état de dépendance qui en résulte pour la femme : 1° l'interdiction de la vente entre époux (art. 1595) ; 2° le caractère révocable des donations entre époux (art. 1096).

La jurisprudence, allant plus loin que la loi, déclare que les sociétés entre époux sont interdites.

capacité en raison de leur sexe, *propter imbecillitatem vel fragilitatem sexus* ; elles étaient en tutelle perpétuelle ; et lorsque cette institution tendit à s'affaiblir sous l'Empire, le sénatus consulte Velléien soumit toutes les femmes indistinctement à l'incapacité de garantir la dette d'autrui.

Ancien droit coutumier. — L'incapacité de la femme mariée apparaît dans notre ancien droit coutumier, au XIII[e] siècle. Elle est considérée comme une conséquence du mariage et comme un effet de l'autorité maritale. En dehors du mariage la femme est pleinement capable comme l'homme. Elle est au contraire incapable dans le mariage, parce que le mariage crée une société ou compagnie, avec le mari comme chef ; dès lors la femme, associée en second, ne peut rien faire sans l'autorisation de l'associé chef

De cette idée fondamentale on avait déduit les conséquences suivantes :

1° Aucun acte de la femme mariée n'était valable s'il n'avait été fait avec l'autorisation du mari ;

2° Si le mari refuse son autorisation, aucune autorisation supplétive n'était possible de la part de la justice ;

3° En cas d'incapacité ou d'absence du mari, la femme peut agir sans l'autorisation de la justice, en vertu de cette idée que le second remplace son chef ;

4° La femme, qui exerce un commerce avec l'autorisation du mari, oblige la communauté et le mari, comme un second, préposé à un poste détaché, engage son chef ;

5° Si la femme fait un acte sans l'autorisation de son mari, l'acte est nul pour le mari qui peut seul en demander la nullité. Il est valable pour la femme qui pourra être poursuivie pour son exécution après la dissolution du mariage.

Influence de la renaissance du droit romain au XVI[e] siècle. — La renaissance des études du droit romain eut pour résultat de dénaturer cette construction juridique d'une rigueur si parfaite. L'idée que la femme est naturellement incapable en raison de son sexe vint se mêler et se combiner avec l'idée ancienne que la femme est sous la dépendance de son mari. en raison du mariage. On aboutit alors à des solutions contradictoires :

1° Au cas d'incapacité, d'absence ou de refus du mari, il y a lieu à autorisation supplétive de la justice ;

2° L'autorisation du mari devait être donnée d'une façon expresse, par l'emploi des mots : « j'autorise, j'habilite », comme anciennement à Rome l'*auctoritas tutoris*, par les mots *auctor fio* ;

3° Si la femme fait un acte sans l'autorisation de son mari ou de justice, l'acte est nul. D'après l'opinion courante, cette nullité est absolue, comme touchant à l'ordre public ; elle peut être invoquée par la femme, par le mari et même par le tiers qui a traité avec la femme.

Fondement de l'incapacité de la femme mariée sous l'empire du Code civil. — En ce qui concerne l'incapacité de la femme mariée, les rédacteurs du Code se sont bornés à reproduire à peu près complètement les solutions données par notre ancien droit, sans prendre la peine, dans leurs travaux préparatoires, d'en rechercher le fondement juridique. Deux systèmes ont été proposés à cet égard, mais aucun d'eux n'est tout à fait satisfaisant.

1er *système. — Protection de la femme en raison de son incapacité naturelle.* — La femme mariée aurait besoin de l'autorisation de son mari ou de justice, parce qu'en raison de son sexe, elle est naturellement incapable.

Cette idée se concilie très bien avec la nécessité de l'autorisation supplétive de la justice au cas où le mari est absent, mineur ou interdit ; ainsi qu'avec le droit pour la femme de demander la nullité des actes qu'elle a faits sans autorisation.

Mais ce système se heurte à une objection irrésistible, c'est qu'en dehors du mariage la femme est aussi capable que l'homme ; on ne voit pas en quoi la femme mariée serait plus incapable que celle qui ne l'est pas.

D'autre part, si la nécessité de l'autorisation pour la femme mariée tient à son incapacité naturelle, pourquoi donner au mari l'action en nullité pour faire tomber les actes passés par la femme sans autorisation ?

2e *système. — Conséquence de la puissance maritale.* — D'après ce système, l'autorisation maritale serait une conséquence de cette idée, admise par l'ancien droit coutumier, que le mariage crée une société entre époux dont le mari est le chef ; dès lors, la femme, associée en second, ne pourrait rien faire sans l'autorisation de ce chef ; en d'autres termes, il faudrait voir dans l'incapacité de la femme mariée une conséquence directe de la puissance maritale.

Avec ce système on peut expliquer la différence qui existe entre la femme non mariée, qui est pleinement capable et la femme mariée qui est, en principe, entièrement incapable. Mais ce sys-

tème n'est pas plus satisfaisant que le précédent, parce qu'il soulève comme lui des objections irréfutables :

1° Si l'incapacité est établie dans l'intérêt du mari, pourquoi l'intervention de la justice au cas de refus du mari, ou dans le cas où le mari est absent ou dans l'impossibilité de donner son consentement ?

2° Pourquoi le mari mineur, qui a l'exercice de la puissance maritale, ne peut-il pas autoriser sa femme ?

3° Pourquoi la femme a t-elle le droit de demander la nullité des actes qu'elle a faits sans autorisation ?

Conclusion. — De ce qui précède on est amené à conclure que dans le Code civil l'incapacité de la femme mariée procède à la fois de ces deux idées, empruntées à deux législations différentes : protéger la femme, en raison de sa faiblesse naturelle, et assurer au mari la prépondérance à l'égard de sa femme dans le ménage.

C'est une œuvre dépourvue d'unité et pleine de contradictions (1).

Division du chapitre. — Nous consacrerons trois paragraphes à l'étude de l'incapacité de la femme mariée.

§ 1. — Etendue de cette incapacité.
§ 2. — Règles de l'autorisation de la femme.
§ 3. — Sanction de l'incapacité.

** § 1. — Etendue de l'incapacité de la femme mariée.

Caractère général de cette incapacité. — L'incapacité de la femme mariée présente un caractère général comme celle du mineur et de l'interdit judiciaire ; elle s'étend, en principe, à tous ses actes, sans distinction, actes judiciaires et actes extrajudiciaires.

Application aux actes judiciaires. — *Principe.* — Aux termes de l'article 215, la femme ne peut ester en justice, soit comme demanderesse, soit comme défenderesse, sans l'autorisation de son mari.

Exception. — Par exception, l'autorisation du mari n'est pas nécessaire lorsque la femme est poursuivie en matière répressive pour une infraction qu'elle a commise. Il est, en effet, inadmissible que le refus d'autorisation du mari entrave l'action du ministère public et assure à la femme l'impunité. La dispense d'autori-

(1) Beudant, *op. cit.*, n° 345.

sation n'existe pas seulement pour l'action publique, mais aussi pour l'action civile lorsque le tribunal répressif en est saisi accessoirement à l action publique. Au contraire, si l'action civile est portée au principal devant le tribunal civil. le droit commun reprend son empire, et l'autorisation maritale est nécessaire.

Application aux actes extrajudiciaires. — *Principe*. — En principe, l'incapacité de la femme mariée s'étend à tous les actes extrajudiciaires qu'elle peut avoir à accomplir ; on appelle actes extrajudiciaires, les actes qui sont faits en dehors d'une instance judiciaire. L'article 217 en a donné une énumération, mais elle n'est nullement limitative.

Applications. — Aux termes de l'article 217 la femme ne peut pas, sans l'autorisation de son mari, faire les actes suivants :

1° Donner, c'est-à-dire faire une donation entre vifs ;

2° Aliéner, à titre onéreux, par vente ou par échange ; ou constituer une servitude ou tout autre droit réel ;

3° Hypothéquer, car pour hypothéquer il faut pouvoir aliéner (art. 2134) ;

4° Acquérir à titre gratuit. par don ou par legs, en raison de l'intérêt moral qu'a le mari à surveiller les libéralités faites à sa femme par des tiers ;

5° Acquérir à titre onéreux, parce qu'une semblable acquisition n'est que la contre-partie d'une aliénation que la femme ne peut pas faire seule ;

6° S obliger par ses contrats. Il n'en est pas question dans l'article 217 : mais cette solution se déduit, par un argument *a contrario* irrésistible, de l'article 220 qui reconnaît à la femme marchande publique le droit de s'obliger valablement pour son commerce ;

7° Faire choix d'une profession. La femme mariée ne peut être, ni commerçante, ni médecin, ni avocat (1), ni artiste dramatique sans l'autorisation de son mari.

Exceptions. — Malgré la généralité de l'incapacité de la femme mariée. il est cependant certains actes que, par exception, elle peut faire sans autorisation du mari :

1° Faire son testament, article 226. Cela se conçoit ; d'abord,

(1) Pour la profession d'avocat. on s'est demandé si la loi du 1er décembre 1900, qui a autorisé les femmes à exercer la profession d'avocat, n'avait pas par là même dispensé la femme mariée de l'autorisation du mari ; mais la solution négative doit être admise à défaut de texte précis en sens contraire.

le testament est un acte essentiellement personnel qui ne doit dépendre que de la volonté du testateur ; et puis, c'est un acte qui ne doit produire ses effets qu'après la mort de la femme, à un moment par conséquent, où le mariage aura cessé d'exister ;

2° Révoquer une donation que la femme a faite à son mari (art. 1096). Cette dispense d'autorisation, soit de la part du mari, soit même de la part de la justice, a été admise pour ne gêner en rien la faculté de révocation de la femme ;

3° Reconnaître un enfant naturel que la femme aurait eu avant le mariage d'un autre que de son mari ;

4° Exercer la puissance paternelle à l'égard des enfants qu'elle aurait d'un précédent lit, ou à l'égard des enfants communs dans le cas où le mari ne peut pas l'exercer lui-même, pour cause d'absence, d'interdiction ou de déchéance ;

5° Contracter des obligations par ses délits, en vertu de la règle traditionnelle que les incapables s'obligent par leurs délits ;

6° Faire des actes conservatoires de ses droits par exemple, interrompre une prescription, prendre inscription pour son hypothèque légale, etc. ;

7° Faire des dépôts à la caisse d'épargne et même opérer des retraits des sommes déposées. Le mari peut s'opposer aux retraits faits par sa femme, mais non aux dépôts effectués par elle.

Modifications résultant du contrat de mariage. — L'incapacité de la femme mariée peut être, soit atténuée, soit aggravée par l'effet du régime matrimonial choisi par les époux dans leur contrat de mariage. Elle est atténuée par l'adoption du régime de séparation de biens ; elle est aggravée par l'adoption du régime dotal.

De la femme séparée de biens. — La femme séparée de biens, soit judiciairement, soit conventionnellement, a la capacité de faire sans aucune autorisation les actes de libre administration ; elle peut même aliéner ses meubles à titre onéreux (art. 1449). Nous nous bornons pour l'instant à cette simple indication ; les détails sur ce point devront être donnés plus tard, lorsque nous ferons l'étude des régimes matrimoniaux.

De la femme mariée sous le régime dotal. — Lorsque la femme est mariée sous le régime dotal, sa capacité est plus ou moins grande, suivant qu'il s'agit de ses biens dotaux ou de ses biens paraphernaux. En ce qui concerne les biens paraphernaux (1),

(1) Nous verrons plus tard que les biens dotaux sont ceux que la femme

elle a la même capacité que la femme séparée de biens. Au contraire, en ce qui concerne les biens dotaux, elle est plus incapable que d'après les règles ordinaires, puisque, même avec l'autorisation de son mari, elle ne peut pas aliéner ses biens dotaux.

Durée de l'incapacité de la femme mariée. – La loi du 6 février 1893. — L'incapacité de la femme mariée commence avec le mariage et prend fin avec le mariage par la mort du mari ou par le divorce. Cependant, en vertu de la loi du 6 février 1893, elle cesse également par l'effet du jugement de séparation de corps. La solution adoptée par cette loi est tout à fait rationnelle si on rattache l'incapacité de la femme mariée à l'autorité maritale. L'autorité maritale prenant fin par l'effet de la séparation de corps, il est logique d'admettre que l'incapacité de la femme mariée disparaisse par voie de conséquence.

**§ 2. — Règles de l'autorisation de la femme.

A quel moment elle doit être donnée. — L'autorisation doit être donnée à la femme, soit avant l'acte, soit au moment même de l'acte. Donnée après coup, ce n'est plus une autorisation, mais une ratification d'un acte antérieur.

De qui doit émaner l'autorisation. — En principe, l'autorisation doit émaner du mari ; ce n'est que dans certains cas, limitativement déterminés, qu'elle est donnée par la justice.

De l'autorisation donnée par le mari. — *Forme.* — L'autorisation du mari peut être donnée expressément ou tacitement.

Autorisation expresse. — Dans notre ancien droit l'autorisation du mari devait être donnée dans des termes sacramentels : les expressions « autoriser ou habiliter » devaient être employées dans l'acte. Il n'en est plus ainsi aujourd'hui. Cependant, le Code exige comme condition de forme indispensable une autorisation donnée par écrit (art. 217) ; il n'est pas nécessaire que cette autorisation soit formulée dans un acte notarié, un acte sous seing privé suffit. Mais une autorisation verbale serait inopérante, même si elle pouvait être établie par témoins, au-dessous de 150 francs ou au delà de cette somme, grâce à l'existence d'un commencement de preuve par écrit.

Autorisation tacite. — A la différence de notre ancien droit,

a déclaré apporter en dot à son mari, tandis que les biens paraphernaux sont tous les autres biens de la femme.

qui n'admettait que l'autorisation expresse, le Code civil se contente de l'autorisation tacite du mari. Mais cette autorisation ne peut résulter que du concours du mari dans l'acte (art 217). Toute autre circonstance serait insuffisante pour habiliter la femme à faire un acte (1).

Par exception, l'autorisation du mari peut résulter de sa simple tolérance lorsqu'il s'agit pour la femme d'exercer le commerce. Le fait qu'elle est marchande publique. au su et au vu du mari, implique de sa part une autorisation tacite dont la loi se contente (art. 4) (2).

Révocation de l'autorisation. — Le mari peut retirer son autorisation en notifiant ce retrait à la partie qui traite avec la femme. Une fois ce retrait opéré et notifié à la partie, l'acte ne peut plus être valablement accompli. Si la révocation de l'autorisation se produit après que l acte a été passé par la femme, elle est tardive et est inopérante.

De l'autorisation donnée par la justice. — *Dans quels cas elle intervient.* — La justice peut intervenir pour autoriser la femme mariée dans les cas suivants :

1° Si le mari refuse son autorisation à sa femme. En pareil cas, la femme peut faire citer son mari devant le tribunal civil du domicile commun, qui peut donner ou refuser son autorisation après que le mari aura été entendu ou dûment appelé en la chambre du conseil (art. 218 et 219).

2° Lorsque le mari est frappé d'une condamnation emportant peine afflictive ou infamante, encore qu'elle n'ait été prononcée que par contumace, bien que le mari soit déchu de sa puissance maritale, la femme doit être autorisée par la justice qui pourra se prononcer sans que le mari ait été entendu ou appelé (art. 221). Cet article a soulevé des difficultés d'interprétation ; mais comme elles concernent plutôt le droit pénal que le droit civil, nous les passerons sous silence.

3° Lorsque le mari est interdit (3) ou absent, il se trouve dans

(1) Dans ce sens : Cass., 20 janvier 1881, D. 81.1.354.

(2) On a déduit cette solution de l'article 4 du Code de commerce qui parle du « consentement » du mari : or le consentement ne comporte aucune forme particulière comme l'autorisation. C'était d'ailleurs la solution admise dans notre ancien droit

(3) On assimile au mari frappé d'interdiction judiciaire le mari interné dans un asile d'aliénés dont la situation est identique. Que décider en ce qui concerne le mari pourvu d'un conseil judiciaire ? Dans le silence du

l'impossibilité de manifester son autorisation ; il doit être suppléé par la justice (art. 222).

4° Lorsque le mari est mineur, l'autorisation du tribunal est nécessaire à la femme (art. 224). Cette solution est une innovation du Code ; dans notre ancien droit, le mari mineur pouvait autoriser sa femme, solution rationnelle si on rattache l'incapacité de la femme mariée à la puissance maritale ; car le mari mineur en a l'exercice ; solution inadmissible si l'incapacité de la femme mariée est une incapacité naturelle tenant à son sexe ; car on ne peut concevoir qu'un incapable habilite un autre incapable.

Cas où la justice ne peut pas intervenir. — La justice ne peut pas intervenir au refus du mari dans certains cas dont les uns sont certains et les autres controversés :

1° La femme ne peut accepter la fonction d'exécuteur testamentaire qu'avec le consentement de son mari ; cependant, si la femme est séparée de biens, l'autorisation de la justice peut suppléer à celle du mari (art. 1029).

2° La femme ne peut pas faire, sans l'autorisation de son mari, un compromis, c'est-à-dire un contrat ayant pour but de soumettre un différend à des arbitres (art. 83, § 6 et art. 1009, C. pr.).

3° La question est controversée de savoir si la justice peut autoriser la femme, au refus du mari à faire le commerce, à contracter un engagement théâtral ou à exercer une profession quelconque. Pour écarter en cette matière l'intervention du tribunal on invoque une raison morale et une raison d'opportunité. Une raison morale : c'est qu'il doit dépendre du mari d'organiser son intérieur, comme il l'entend et de diriger l'activité de sa femme vers les occupations du ménage et les soins du foyer conjugal, ou vers l'exercice d'une profession qui la mettra en relations avec des tiers et l'éloignera forcément de son intérieur. Une raison d'opportunité, c'est qu'un tribunal est moins bien placé que le mari pour apprécier les capacités professionnelles de sa femme.

Sur cette question, la jurisprudence est divisée (1). Elle admet

Code, on admet que le mari ne peut pas dans ce cas autoriser la femme à faire les actes qu'il ne pourra pas faire lui-même.

(1) On peut citer comme décision ayant autorisé la femme à faire le commerce sur le refus du mari : Paris, 3 janvier 1868, D. 68.2 28. En sens contraire, on peut citer deux jugements du tribunal de Lyon, 16 janvier et 13 mars 1869, D. 69 3.29 30. Dans le même sens de la non-intervention de la justice, citons : pour l'engagement théâtral : un arrêt de Paris, 3 janvier 1868, D. 68.2.28 ; et pour la profession de sage-femme, un jugement du tribunal de la Seine du 2 mars 1887, S. 87.2.117.

cependant comme régulière l'intervention de la justice lorsque le mari est dans l'impossibilité de manifester son opinion.

Procédure en vue de l'autorisation. — Le tribunal compétent est le tribunal civil du domicile des époux. La procédure à suivre consiste dans une requête adressée au président, sur laquelle le tribunal statue en chambre du conseil, après mise en cause du mari et sur les conclusions du ministère public (art. 861 à 864, C. pr.).

Par exception, l'autorisation est accordée à la femme par le président du tribunal lui-même pour les instances en divorce, en séparation de corps ou en séparation de biens.

En outre, les juges de paix peuvent autoriser une femme mariée à ester en jugement devant leur tribunal (L. 12 juillet 1905, art. 16).

** **De la spécialité de l'autorisation**. — *Principe.* — L'autorisation du mari ou de la justice doit être spéciale à tel ou tel acte déterminé de la femme. Elle ne doit pas être donnée dans des termes vagues et généraux. Cette règle résulte formellement de l'article 1538 pour la femme séparée de biens et implicitement de l'article 223 pour tous les autres cas. S'il en était autrement il y aurait abdication de son autorité par le mari et la femme serait privée de toute protection sérieuse.

Applications. — Par application de ce principe, la jurisprudence a considéré comme irrégulières : l'autorisation donnée à une femme d'aliéner un immeuble sans indiquer le nom de l'acquéreur et les conditions de l'aliénation (Cass., 10 mai 1853, D. 53.1.160) ; l'autorisation de cautionner une dette dont le montant n'est pas connu (Cass., 12 mars 1883, D. 84 1.13) ; l'autorisation d'emprunter sans préciser la somme à emprunter (Cass., 19 juin 1888, D. 88 1.478).

Exceptions. — Une autorisation générale suffit dans les cas suivants (1) :

1° Pour faire des actes d'administration. Cela résulte implicitement de l'article 223, et c'est d'ailleurs conforme à la solution traditionnelle de notre ancien droit.

(1) Quelques auteurs ajoutent à cette énumération les achats de fournitures pour le ménage, en raison desquels la femme aurait une autorisation tacite et générale (Planiol, III, nos 288 et 313). Mais d'après l'opinion commune, la femme agirait alors non pas en son nom personnel et comme autorisée par son mari, mais au nom et comme représentant du mari, en vertu d'un mandat tacite.

Une semblable autorisation générale peut être donnée à la femme dans le contrat de mariage ; elle résulte tacitement de l'adoption du régime de séparation de biens, pour tous les biens de la femme, et du régime dotal, pour ses biens paraphernaux.

Elle peut également être donnée à la femme pendant le mariage. Il en résulte une modification au contrat de mariage, contrairement au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales. Mais cette dérogation à la règle de l'article 1395 est autorisée par l'article 223.

2° Pour faire le commerce (art. 220, C. civ., art. 5 et 7, C. com.). La femme autorisée par son mari à faire le commerce est par là même habilitée à faire tous les actes relatifs à son négoce. Cette solution s'imposait en raison de la multiplicité et de la rapidité des opérations commerciales.

Du cas particulier où le mari fait un acte avec sa femme. — Dans le cas où le mari fait un acte avec sa femme, on peut se demander si le mari peut, même dans ce cas, autoriser sa femme, ou si elle doit être autorisée par la justice. Si l'autorisation de la femme mariée était motivée par une raison de protection de la femme en raison de son inexpérience naturelle, il n'est pas douteux que le mari ne pourrait pas lui-même autoriser sa femme pour traiter avec lui, pas plus que le tuteur ne peut représenter le mineur quand il fait avec lui un acte juridique ; c'est l'application de la règle traditionnelle, *nemo potest auctor esse in rem suam*. Au contraire, si on donne pour fondement à l'autorisation du mari la puissance maritale, il est incontestable que le mari peut lui-même autoriser sa femme valablement en passant un acte avec elle. C'est cette dernière opinion qui est généralement enseignée. Elle est conforme à la solution de notre ancien droit ; et elle résulte des textes du Code civil qui, déterminant d'une façon limitative les cas où la justice peut autoriser la femme mariée n'indique pas celui où la femme passe un acte avec son mari C'est donc que dans ce cas la justice n'a pas à intervenir. C'est du mari lui-même que l'autorisation doit émaner. Et on doit considérer la femme comme tacitement autorisée par le fait même de la participation du mari à l'acte.

***§ 3. — Sanction de l'incapacité.

Effets de l'autorisation. — L'autorisation a pour effet de rendre valables les actes accomplis par la femme mariée.

Effets du défaut d'autorisation. — Le défaut d'autorisa-

tion a pour effet de rendre nuls les actes accomplis par la femme sans l'autorisation nécessaire.

Caractère de la nullité. — Cette nullité est une nullité relative. Il en résulte qu'elle ne peut pas être invoquée par les tiers qui ont traité avec la femme, qu'elle peut disparaître par l'effet de la prescription ou d'une confirmation. Il convient d'insister sur ces trois points.

Personnes qui peuvent exercer l'action en nullité. — L'action en nullité ne peut être exercée que par la femme, par le mari, ou par leurs héritiers.

Nous avons déjà fait remarquer ce qu'il y avait d'incohérent à reconnaître l'action en nullité contre les actes de la femme faits sans autorisation. cumulativement au mari et à la femme. Accorder l'exercice de cette action à la femme, c'est la traiter comme une incapable ; mais alors on ne comprend pas que le mari ait ainsi le droit de l'intenter ; attribuer l'exercice de ce droit au mari, c'est supposer que le système de l'autorisation a pour fondement la puissance maritale ; on donne au mari le droit de faire tomber un acte à l'occasion duquel son autorité a été méconnue ; mais alors on ne s'explique pas que le même droit soit reconnu à la femme.

En résumé, pour rester dans la logique, le législateur aurait dû donner l'action en nullité, soit à la femme seule, soit au mari seul ; il est contradictoire de l'accorder à l'un et à l'autre simultanément.

Remarque. — Entre les mains de la femme l'action en nullité aura toujours un caractère pécuniaire ; la femme l'exercera pour faire tomber un acte qui lui cause un dommage. Il en sera de même pour ses héritiers.

Du chef du mari, tant que durera le mariage, l'exercice de l'action aura un caractère plutôt moral, rétablir sa dignité qui aura été méconnue par l'acte d'indépendance de sa femme.

Mais le mariage dissous, cet intérêt moral aura disparu ; et le mari ne pourra exercer l'action en nullité que s'il a un intérêt pécuniaire à l'intenter : car sans intérêt. pas d'action Il en est de même des héritiers du mari. Or cet intérêt n'existera jamais en pratique (1). Cela revient à dire qu'en fait, le mari, après la dis-

(1) On a bien cité le cas où la femme mariée sous le régime de communauté légale a renoncé de sa seule autorité à une succession purement mobilière à laquelle elle était appelée. Mais après que le mari aurait fait

solution du mariage, et les héritiers du mari ne pourront jamais user du droit que la loi leur attribue en théorie.

Confirmation de l'acte. — La femme ne peut confirmer l'acte que lorsqu'elle est redevenue libre par la dissolution du mariage ou la séparation de corps. Au contraire, le mari peut valablement ratifier l acte pendant le mariage ; mais on admet que la ratification émanant du mari n'éteint l'action en nullité que de son chef et laisse subsister celle qui appartient à la femme. Au contraire, la confirmation de la femme éteint également les deux actions.

Prescription de l'action en nullité. — L'action en nullité des contrats passés par la femme sans autorisation s éteint par le laps de dix ans (art. 1304). Cette prescription reposant sur une idée de confirmation tacite ne commence à courir à l'égard de la femme que du jour où la confirmation expresse serait possible, c'est-à-dire à partir de la séparation de corps, ou de la dissolution du mariage. Au contraire, à l égard du mari, la jurisprudence fait courir le délai de dix ans du jour même de l'acte (Pau, 14 juin 1898, D. 99.2.141).

IIIe SECTION. — DISSOLUTION DU MARIAGE

Causes de dissolution. — Le mariage se dissout :

1° Par la mort de l'un des époux ;

2° Par le divorce.

L'article 227 indiquait comme autre cause la mort civile résultant de la condamnation de l un des époux à une peine afflictive et infamante perpétuelle. Mais la mort civile a été supprimée par la loi du 31 mai 1854.

Il convient d'ajouter que la séparation de corps relâche les liens du mariage sans le dissoudre.

Quant à l'absence de l'un des époux, elle est sans influence sur le mariage, ainsi que nous l'avons vu plus haut (1).

Effets de la dissolution du mariage. — Secondes noces. — La dissolution du mariage en rendant la liberté aux époux autorise les secondes noces. L homme peut se remarier immédiate-

annuler cette renonciation pour défaut d'autorisation, la femme pourrait de nouveau renoncer à la dite succession.

(1) Voir *suprà*, p. 160.

ment, sans observer aucun délai. Au contraire, la femme ne peut contracter un nouveau mariage qu'après dix mois révolus depuis la dissolution du mariage précédent (art. 228)

Cette dernière disposition est motivée par le désir d'éviter une *perturbatio sanguinis* qui pourrait résulter d un mariage précipité de la femme. Si elle venait à mettre au monde un enfant, plus de six mois après la conclusion du nouveau mariage et moins de dix mois avant la dissolution du mariage précédent, on ne saurait à qui attribuer la paternité de cet enfant, à son premier ou à son second mari.

Nous savons d'ailleurs (1) qu'il y a là un empêchement purement prohibitif ; en sorte qu'un mariage qui serait contracté en violation de cette règle serait inattaquable.

Division de la section III. — Nous diviserons la section IIIe en deux chapitres :

Chapitre Ier. — Le divorce.

Chapitre II. — La séparation de corps.

CHAPITRE Ier. — LE DIVORCE.

Notions préliminaires.

Définition. — Le divorce est la dissolution du mariage prononcée par l'autorité judiciaire, sur la demande de l un des époux et pour des causes déterminées par la loi.

Notions historiques. — *Droit romain.* — En droit romain le divorce était admis sous deux formes : le *divortium*, ou divorce par consentement mutuel, et le *repudium*, ou divorce par la volonté de l un des deux époux. L'autorité judiciaire n avait pas à intervenir ; le divorce était l œuvre des époux comme le mariage lui-même. Cette facilité que les époux avaient de se réunir et de se séparer faisait du mariage romain une véritable union libre

Il y eut bien une réaction contre l'abus du divorce sous le Bas-Empire ; mais les empereurs chrétiens n'osèrent pas abolir le *divortium* ; ils se bornèrent à réglementer le *repudium* en en limitant les causes à certains faits déterminés et en frappant de peines ceux qui useraient du *repudium* en dehors des cas prévus.

Ancien droit. — Le mariage est considéré comme un sacrement

(1) Voir *suprà*, p. 152.

et régi par le droit canonique qui le déclare indissoluble, en vertu de la règle *quod Deus conjunxit homo non separet*. Le divorce est donc aboli entièrementdans notre ancienne législation. Cependant, deux tempéraments existent : d'une part, on admet que le mariage peut être annulé, soit comme aujourd'hui pour des causes concomitantes à sa formation, soit même pour certaines causes postérieures. Cela n'était pas contraire au principe de l indissolubilité, puisqu'un mariage annulé est censé n'avoir jamais existé. D'autre part, à défaut du divorce, les époux peuvent obtenir la séparation de corps, qui met fin à la vie commune, tout en laissant subsister le lien conjugal.

Droit intermédiaire. — La Constitution de 1791 pose en principe que la loi ne considère désormais le mariage que comme un contrat civil. La loi du 20 septembre 1792 rétablit le divorce et supprime la séparation de corps. Le divorce pouvait avoir lieu dans trois cas : pour causes déterminées (1), pour incompatibilité d'humeur ou pour consentement mutuel. Le divorce fut encore rendu plus facile sous la Convention par deux décrets du 8 nivôse et du 4 floréal an II. On en fit un tel abus qu'à Paris, en l'an IV, il y eut mille divorces pour trois mille mariages.

Code civil. — Le Code civil fit œuvre de conciliation en rétablissant la séparation de corps à côté du divorce ; il supprima le divorce pour incompatibilité d'humeur et ne laissa subsister que le divorce par consentement mutuel et le divorce pour cause déterminée. En outre, il restreignit à trois les causes de divorce : l'adultère, l'injure, excès ou sévices, et la condamnation à une peine afflictive ou infamante. Enfin, il subordonna le divorce par consentement mutuel à une procédure longue et coûteuse. Dans son esprit, cette espèce de divorce devait simplement procurer aux époux les moyens de dissimuler à la curiosité publique les motifs de mésintelligence graves qui existaient entre eux.

Loi du 8 *mai* 1816. — La loi du 8 mai 1816 a supprimé le divorce et n'a laissé subsister que la séparation de corps. Cette solution fut considérée comme une conséquence logique de la disposition de la charte de 1814 qui avait rétabli la religion catholique comme religion d Etat.

Loi du 27 *juillet* 1884. — Le divorce a été rétabli en France par la loi du 27 juillet 1884, votée sur l'initiative de M. Alfred Na-

(1) C'étaient : la démence, l'abandon pendant deux ans, l'absence sans nouvelles pendant cinq ans, l'émigration, le dérèglement de mœurs notoires, les sévices ou injures graves.

quet. Cette loi n'a pas cependant remis en vigueur le divorce par consentement mutuel ; on eut peur de l'expression, sans se rendre compte qu'il y avait loin de ce divorce au divorce *bona gratia* des Romains. Deux ans après, la loi du 18 avril 1886 fut rendue pour simplifier la procédure du divorce que les rédacteurs du Code avaient compliquée comme à plaisir.

Aperçu des législations étrangères. — *Trois groupes distincts*. — Sur la question du divorce et de la séparation de corps, les législations étrangères peuvent être rangées en trois groupes distincts.

1er *Groupe*. — Dans un premier groupe on peut classer les législations qui admettent comme la nôtre simultanément le divorce et la séparation de corps.

Ce sont : l'Angleterre, la Belgique, la Hollande, la Suisse, la Grèce, les Etats-Unis, la Pologne russe, l'Autriche-Hongrie. Dans ce dernier Etat le divorce n'est applicable qu'aux non catholiques, et la séparation de corps qu'aux catholiques.

2e *Groupe*. — Dans un 2e groupe on peut placer les Etats qui admettent le divorce, mais rejettent la séparation de corps.

Tels sont : la Russie, l'Allemagne, la Suède, la Norvège, le Danemark, la Roumanie, la Serbie et le Monténégro.

3e *Groupe*. — Enfin, un dernier groupe d'Etats ne reconnaît que la séparation de corps et rejette le divorce. Ce sont : l'Italie, l'Espagne et le Portugal.

Appréciation du divorce au point de vue social.— *Objections invoquées*. — Trois principales objections ont été élevées contre l'institution du divorce : l'une tirée de considérations religieuses, une autre de considérations sociales, d'autres enfin de l'intérêt des enfants. Nous allons essayer de les réfuter rapidement.

1° *Objection tirée de considérations religieuses*. — On a dit qu'admettre le divorce dans notre législation, c'était porter atteinte à la conscience des catholiques, qui forment la grande majorité de la population française, puisque la religion catholique déclare le mariage indissoluble.

Cette objection aurait une certaine raison d'être si le législateur l'imposait aux catholiques en ne leur donnant pas d'autre moyen de mettre fin à une vie commune devenue intolérable. Mais comme les catholiques ont le choix entre le divorce et la séparation de corps, l'objection est sans valeur. On peut même dire, avec Portalis, que c'est la liberté des cultes qui rend le di-

vorce nécessaire dans notre législation civile. « Il est des cultes qui autorisent le divorce, il en est qui le prohibent ; la loi doit donc le permettre, afin que ceux dont la croyance l'autorise puissent en user (1) ».

2° *Objection tirée de considérations sociales.* — On a dit que le divorce était de nature à ébranler l'institution du mariage qui forme l'une des bases de la société. Ayant la facilité de mettre fin aux unions malheureuses, on se mariera à la légère ; et à la moindre contrariété dans le ménage, l'époux mécontent provoquera la dissolution du mariage. Il en résultera un grand relâchement dans les mœurs, un abaissement de la morale publique et un retour à l'ancien mariage libre des Romains.

Cette objection serait sérieuse, si le divorce était un moyen librement ouvert aux époux pour s'évader d'une union qui a cessé de leur plaire à tous deux ou à l'un d'eux seulement. Mais il n'en est pas ainsi ; le divorce *bona gratia* des Romains n'existe plus ; le divorce doit être prononcé par le tribunal pour des causes rigoureusement déterminées par la loi.

En définitive, la question que nous examinons en ce moment se réduit aux termes suivants : étant donné que la vie commune est devenue impossible entre deux époux, pour quelque cause que ce soit, vaut-il mieux les laisser enchaînés l'un à l'autre en leur accordant le seul palliatif de la séparation de corps ou bien n'est-il pas préférable de rendre à chacun d'eux sa liberté d'action en rompant définitivement le lien qui les rattache, par le moyen du divorce. Ainsi posée, la question doit être résolue en faveur du divorce. Avec la séparation de corps, en effet, chacun des époux est condamné, ou bien au célibat forcé, ou bien au dérèglement de la vie et à la constitution de faux ménages ; ce qui est contraire, soit à la nature humaine, soit aux lois sociales, suivant les expressions mêmes du rapporteur de la loi de 1884 au Sénat, M. de Marcère. Plus moral est le divorce, qui permet à chacun des époux de conclure une nouvelle union légitime qui servira de base à une autre famille.

3° *Objection tirée de l'intérêt des enfants.* — On a prétendu enfin que le divorce était une institution préjudiciable à l'intérêt des enfants. Cette objection n'a pas grande portée. Ce qui est fâcheux pour les enfants c'est qu'une mésintelligence éclate entre leurs parents ; il en résulte pour eux une situation pénible et fausse. Mais, à la suite d'un semblable désaccord, les enfants n'au-

(1) Fenet, *Travaux préparatoires*, IX, p. 251.

ront pas plus à souffrir, parce que les parents obtiendront le divorce, que s'ils se résignent à la séparation de corps. On peut même dire, au contraire, que pour eux le divorce est préférable, parce qu'il est de nature à écarter les dangers d'unions irrégulières, qui seraient pour eux d'un triste exemple et dont ils pourraient avoir à souffrir.

Conclusion. — On peut donc conclure que le divorce est une institution qui doit trouver place dans toute législation bien faite, à côté de la séparation de corps, comme un remède nécessaire au mal résultant des unions mal assorties.

Division du chapitre. — Nous consacrerons trois paragraphes à l étude du divorce :

§ 1. — Des causes du divorce.
§ 2. — De la procédure du divorce.
§ 3. — Des effets du divorce.

**§ 1. — Des causes de divorce.

Enumération. — La loi a limité à trois les causes de divorce. Ces causes sont (art. 229 à 232) :

1° L'adultère ;
2° Les excès, sévices ou injures graves ;
3° La condamnation à une peine afflictive et infamante.

Mais nous verrons qu'en raison de l'interprétation très large que la jurisprudence a donnée à l'expression « injures graves », en fait, la liste des causes de divorce est indéterminée et s'étend à tous les manquements d'une certaine gravité dont l'un des époux peut se rendre coupable à l'égard de son conjoint.

***1° Adultère de l'un des époux.** — *Innovation réalisée en* 1884. — Sous l'empire du Code civil, l'adultère du mari n'était une cause de divorce que s'il y avait entretien d'une concubine au domicile conjugal, tandis que dans tous les cas l'adultère de la femme était une cause de divorce. La loi du 27 juillet 1884 a rétabli l'égalité des deux sexes sur ce point en assimilant le mari à la femme. Désormais donc, l'adultère du mari est une cause de divorce en quelque lieu et de quelque façon qu'il se soit produit. La loi de 1884 n'a d'ailleurs apporté aucune modification à la répression de l'adultère au point de vue pénal. Les différences que nous avons signalées plus haut (1) entre l'homme et la femme, n'ont pas été effacées par la loi de 1884.

(1) Voir *suprà*, p. 57.

Cette absence d'harmonie entre la législation civile et la législation pénale a fait accuser le législateur français d'incohérence et d'illogisme. Mais ce reproche est injuste Le point de vue du droit civil et celui du droit pénal sont bien différents ; il est naturel que les solutions soient également différentes. En droit civil, les deux époux sont l'un et l'autre tenus du devoir de fidélité ; il est équitable que la sanction soit la même pour tous les deux, et que l'adultère soit dans les mêmes conditions une cause de divorce pour l'un comme pour l'autre. Il est facile de comprendre qu'il en soit autrement au point de vue pénal, où l'intérêt privé n'est pas seul pris en considération, mais où l'on tient compte avant tout de l'utilité sociale.

L'adultère de la femme est réprimé d'une façon plus sévère que l'adultère du mari, parce qu'il est de nature à entraîner des conséquences beaucoup plus graves, ainsi que nous l'avons expliqué antérieurement.

De la constatation de l'adultère. — De la différence qui existe toujours entre l'homme et la femme au point de vue du délit d'adultère il résulte une différence persistante au point de vue de la constatation de l'adultère par procès-verbal du commissaire de police. Le mari peut toujours requérir du commissaire de police qu'il constate l'adultère de sa femme, en quelque lieu et de quelque façon qu'il se commette, parce que cet adultère est toujours un délit. Tandis que la femme ne peut pas faire constater par le commissaire de police un adultère de son mari qui se commettrait en dehors du domicile conjugal ; parce qu'il n'y aurait pas délit.

2° Excès, sévices ou injures graves. — *Excès ou sévices.* — Ces deux expressions sont à peu près synonymes. On doit entendre par là, les abus d'autorité, les actes de brutalité, les coups et blessures, qui, par leur répétition ou leur gravité, rendent la vie commune insupportable, quand même ils ne mettraient pas en danger la vie de l'un des époux.

Injures graves. — Le mot injure a, en matière de divorce, un sens beaucoup plus étendu qu'en matière pénale. Il s'entend de toute parole outrageante, de toute offense, ou de tout fait injurieux (1) qui peut être considéré comme un manquement grave

(1) Comme exemples de faits injurieux considérés par la jurisprudence comme causes de divorce, nous nous bornerons à citer :

1° L'abstention du devoir conjugal : Agen, 22 décembre 1891, D. 92.2.

à l'un des devoirs que le mariage impose aux époux dans leurs rapports réciproques. Les tribunaux ont d'ailleurs sur ce point un pouvoir d'appréciation absolu, et pour juger si tel fait allégué comme cause de divorce, constitue une injure suffisamment grave, ils doivent tenir compte, non seulement de toutes les circonstances qui ont accompagné le fait dont il s'agit, mais aussi du milieu social auquel appartiennent les époux.

3° Condamnation à une peine afflictive ou infamante. — *Raison d'être.* — La condamnation de l'un des époux à une peine criminelle est pour lui une cause de flétrissure qui rejaillit indirectement sur son conjoint. C'est pourquoi on permet à ce dernier de briser le lien conjugal.

Innovation réalisée en 1884. — D'après le Code civil, la condamnation à une peine simplement infamante, telle que la dégradation civique ou le bannissement, était une cause suffisante de divorce. La loi du 27 juillet 1884 a innové sur ce point en exigeant désormais que la peine soit afflictive et infamante, c'est-à-dire : la mort, les travaux forcés à perpétuité ou à temps, la déportation, la détention et la réclusion. On a pensé, avec raison, qu'une peine infamante seulement, qui n'est encourue que pour crimes politiques, n'est pas de nature à entacher l'honneur du condamné, et par conséquent ne doit pas suffire pour motiver le divorce.

Caractères que doit avoir la condamnation. — Pour entraîner le divorce une condamnation à une peine afflictive et infamante doit présenter les caractères suivants :

1° Elle doit être définitive ;

2° Elle doit être prononcée par un tribunal français ;

3° Elle ne doit pas être effacée par l'amnistie ou par la réhabilitation ;

4° Elle doit être postérieure à la célébration du mariage.

Influence des condamnations correctionnelles. — Par elle-même une simple condamnation correctionnelle ne suffit pas pour motiver le divorce. Mais la jurisprudence décide qu'elle peut être considérée comme une injure grave, de nature à provoquer la rupture du mariage, lorsqu'elle est encourue pour un fait atteignant

148 ;

2° Le refus de recevoir sa femme au domicile conjugal : Paris, 27 janvier 1870 et sur pourvoi, Req., 8 janvier 1872, D. 72.1 87 ;

3° L'abandon du domicile conjugal par la femme ;

4° Le refus par l'un des époux de consentir à la célébration religieuse après le mariage civil, etc., etc.

directement le conjoint dans son honneur ou dans ses droits d'époux ; c'est alors le fait délictueux, bien plus que la condamnation, qui constitue l'injure (Toulouse, 31 décembre 1888, D. 90. 2.104 ; Angers, 13 avril 1896, D. 99.2.439).

** **Comparaison des causes de divorce**. — Il existe entre les trois causes de divorce des différences relatives à l'étendue des pouvoirs du tribunal saisi de la demande.

1° L'adultère et la condamnation à une peine afflictive et infamante sont des causes péremptoires de divorce, c'est-à-dire qu'elles ne laissent au tribunal aucun pouvoir d'appréciation ; il est dans l'obligation stricte de prononcer le divorce. Au contraire, les excès, sévices ou injures graves laissent au tribunal un pouvoir souverain d'appréciation ;

2° Lorsque le divorce est demandé pour adultère, pour excès, sévices ou injures graves, le tribunal peut, dans l'espoir d'une réconciliation possible entre époux, retarder pendant six mois le prononcé du divorce. Cette faculté lui est refusée lorsque la demande du divorce est basée sur une condamnation à une peine afflictive et infamante ;

3° Lorsque des époux divorcés se sont remariés ensemble, leur nouveau mariage ne peut plus être dissous par le divorce pour cause d'adultère, d'excès, de sévices ou d'injures graves. Il peut, au contraire, donner lieu à un divorce fondé sur une condamnation à une peine afflictive et infamante (art. 295, § 3).

§ 2. — De la procédure du divorce.

Textes en vigueur. — La procédure du divorce est réglementée, non par le Code de procédure civile, mais par le Code civil, qui lui a consacré ses articles 234 à 274. En 1884, on laissa subsister cette procédure, malgré ses complications et ses lenteurs, pour ne pas retarder, ou même compromettre, le rétablissement du divorce en France. Mais, en 1886, la loi du 13 avril fut faite en vue de simplifier dans une large mesure la procédure du divorce. Dans ce but on remania les articles 234 à 252, et on abrogea les articles 253 à 274, sans les remplacer par d'autres.

Complexité des questions et division du paragraphe. — L'étude de la procédure du divorce soulève un grand nombre de questions qu'il y a lieu d'examiner dans l'ordre suivant :

a) A qui appartient l'exercice de l'action en divorce ?

b) Des fins de non-recevoir à l'action.

c) De la compétence.
d) De la marche générale de la procédure.
e) Des voies de recours.
f) Du prononcé du divorce et de l'exécution de jugement.
g) Des mesures conservatoires pendant l'instance.

a) *A qui appartient l'exercice de l'action en divorce ?*

Principes. — L'action en divorce présente un caractère essentiellement personnel ; elle ne peut être exercée que par les époux eux-mêmes.

Conséquences. — On doit en conclure :

1° Que les créanciers ne peuvent pas l'exercer au nom de leur débiteur par voie d'action oblique, en vertu de l'article 1166 ;

2° Que les héritiers ne peuvent, ni entreprendre l'exercice de cette action, ni même poursuivre l'instance commencée par leur auteur (art. 244, § 3).

Du cas où l'un des époux est incapable. — *L'un des époux est interdit judiciaire.* — Si l'un des époux est interdit judiciaire, il ne peut pas, même pendant un intervalle lucide, introduire une demande en divorce, puisqu'il est frappé d'une incapacité générale et permanente. Quant à son tuteur, il ne peut pas non plus exercer l'action au nom de l'interdit ; il ne peut pas en effet dépendre du tuteur d'imposer à l'interdit la rupture de son mariage, alors qu'il ne peut pas manifester à cet égard une volonté valable ; nous verrons qu'il en est autrement de la séparation de corps, parce qu'elle ne dissout pas le mariage (art. 307, § 2).

Mais si une instance en divorce est exercée contre un interdit judiciaire par son conjoint, il sera valablement représenté à l'instance par son tuteur.

L'un des époux est interdit légal. – En pareil cas, la loi déclare formellement que la demande de divorce pourra être formée par le tuteur de l'interdit, mais seulement sur sa réquisition ou avec son autorisation (art. 234, § 2).

L'un des époux est pourvu d'un conseil judiciaire. — L'époux qui est pourvu d'un conseil judiciaire ne peut plaider en divorce, soit comme demandeur, soit comme défendeur qu'avec l'autorisation de son conseil, conformément au droit commun (art. 499 et 513).

L'un des époux est mineur. — Si l'époux demandeur est mineur, la jurisprudence, dans le silence de la loi, considère que

l'autorisation du président du tribunal résultant de la délivrance du permis de citer suffit.

b) *Des fins de non-recevoir à l'action en divorce.*

Définition. — On entend par fins de non-recevoir à l'action en divorce certains faits qui sont de nature à faire écarter la demande de divorce, même si les griefs articulés par le demandeur sont justifiés ou susceptibles de l'être.

Enumération. — Les fins de non-recevoir à l'action de divorce sont :

1° La réconciliation des époux ;
2° Le décès de l'un des époux ;
3° L'existence d'un précédent divorce entre les mêmes conjoints ;
4° L'inobservation de sa résidence par la femme ;
5° La prescription ;
6° La réciprocité des torts ;
7° La connivence dans l'adultère.

Ces trois derniers sont sujets à discussion.

1° Réconciliation des époux. — *Définition.* — Il y a réconciliation des époux toutes les fois que l'époux coupable a obtenu le pardon de son conjoint pour la faute qu'il avait commise à son encontre.

Faits qui la supposent. — Les faits desquels on peut induire la réconciliation sont laissés à l'entière appréciation du tribunal. Le plus commun sera la reprise de la vie commune quand elle avait cessé. Au contraire, la jurisprudence considère que la continuation de la vie commune ne suffit pas pour impliquer réconciliation des époux (Cass., 11 déc. 1893, D. 94.1.341).

Ses effets. — La réconciliation a pour effet de rendre la demande en divorce non recevable Cette fin de non-recevoir est d'ordre public ; elle doit être prononcée d'office par le tribunal, et elle peut être invoquée en tout état de cause.

Sa déchéance. — La réconciliation est effacée, s'il se produit ou si on découvre des faits nouveaux depuis qu'elle a eu lieu. Dans ce cas les faits anciens reprennent vigueur et peuvent être invoqués à l'appui d'une nouvelle demande en divorce. Il en est ainsi, même si les faits nouveaux étaient insuffisants par eux-mêmes pour motiver le divorce.

2° Décès de l'un des époux. — L'action en divorce s'éteint

également par le décès de l'un des époux, survenu avant que le jugement soit devenu irrévocable (art. 244, § 3). Cela résulte du caractère personnel de l'instance en divorce.

3° **Existence d'un précédent divorce entre les mêmes conjoints**. — Lorsque des époux divorcés se remarient ensemble ils ne peuvent plus de nouveau intenter l'un contre l'autre une demande en divorce. On ne veut pas qu'ils puissent se faire un jeu du mariage et du divorce. Exception est faite cependant, et avec raison, pour le cas où le divorce serait motivé par une condamnation à une peine afflictive et infamante prononcée contre l'un des époux depuis leur réunion (art. 295, § 3).

4° **Inobservation par la femme de la résidence qui lui est assignée.** — Nous verrons plus loin que le président du tribunal peut assigner à la femme une résidence spéciale pendant l'instance. Si elle ne s'y tient pas, le mari, défendeur au procès, pourrait la faire déclarer non recevable dans sa demande (art. 241). Il en résulte une simple suspension dans la procédure et non un abandon définitif de la demande.

5° **Prescription.** — La question est controversée de savoir si on doit appliquer en matière de divorce la prescription trentenaire pour écarter une demande qui serait motivée par des griefs remontant au delà de trente années. L'opinion qui paraît prévaloir en jurisprudence est qu'il ne faut pas appliquer ici les règles de la prescription. L'action en divorce comme les actions d état, serait imprescriptible (Trib. d'Abbeville, 20 mai 1884, S. 85.2.168; Trib. de Rambouillet, 3 août 1894, D. 95.2.294).

6° **Réciprocité des torts.** — *Principe*. — En principe, la réciprocité des torts n'est pas une fin de non-recevoir à la demande. Lorsque le défendeur à une instance de divorce a lui-même des griefs à faire valoir contre le demandeur, il peut former une demande reconventionnelle en opposition à la demande principale introduite par son conjoint, pour que le jugement soit rendu en sa faveur (Civ., 18 janvier 1881, D. 81.1.125).

Exceptions. — Par exception, la jurisprudence admet que la réciprocité des torts est une fin de non-recevoir à la demande en divorce dans deux cas :

1° Lorsque la demande de divorce est basée sur une condamnation à une peine afflictive et infamante, le défendeur peut opposer à son conjoint que lui-même il a encouru une semblable condamnation. Il n'y a pas lieu en pareil cas de prononcer le

divorce : il y a égalité de turpitude et les deux époux sont dignes l'un de l'autre.

2° Lorsque la demande en divorce est motivée par des faits d'injures, d'excès ou de sévices, l'époux défendeur peut invoquer comme excuse de provocation les procédés de son conjoint à son égard (Req., 6 décembre 1897, D. 98.1.77).

7° Connivence dans l'adultère. — D'après la jurisprudence, l'adultère de l'un des époux ne peut pas être invoqué comme cause de divorce par l'autre époux lorsque ce dernier a toléré ou favorisé la conduite de son conjoint (Paris, 18 juillet 1893, D. 93.2.471).

c) *De la compétence.*

Incompétence des tribunaux répressifs. — Les tribunaux civils sont seuls compétents pour connaître des actions de divorce. Un tribunal répressif ne pourrait pas statuer sur une semblable demande accessoirement à l'action publique, par exemple au cas de poursuite en adultère devant le tribunal correctionnel.

Compétence du tribunal civil du domicile du défendeur. — De tous les tribunaux d'arrondissement c'est le tribunal du domicile du défendeur qui est seul compétent, conformément à la règle ordinaire, *actor sequitur forum rei* (art. 59, C. proc. civ.). Ce tribunal sera dans presque tous les cas celui du domicile du mari, puisque la femme a son domicile légal chez son mari. Il n'en sera différemment que dans des cas exceptionnels : par exemple, lorsqu'il y aura eu séparation de corps prononcée judiciairement, ou lorsque le mari aura disparu.

C'est au moment où la requête du divorce est présentée au président du tribunal qu'on doit se placer pour apprécier la compétence du tribunal. Un changement de domicile venant à se produire ultérieurement serait sans influence.

Il faut enfin noter que le défendeur doit, à peine de déchéance, soulever l'exception d'incompétence lorsqu'il est cité à comparaître devant le président du tribunal.

d) *Marche générale de la procédure.*

Division de la procédure en deux phases. — La procédure en divorce se déroule en deux phases. La première se passe devant le président du tribunal civil ; elle a pour but une tentative de conciliation en vue d'amener les époux à renoncer à leur projet

de divorce ; la seconde se passe devant le tribunal ; elle tend à l'examen et au jugement de l'affaire.

Première phase : Procédure préliminaire devant le président. — *Son but, en quoi elle est exceptionnelle.* — Ainsi que nous venons de le dire cette procédure préliminaire devant le président du tribunal est organisée en vue d'amener les époux à se réconcilier. Dans tout procès de la compétence du tribunal d'arrondissement, il existe une semblable procédure de conciliation (art. 48 à 58) ; celle que la loi a prescrite en matière de divorce n'a que ceci d'exceptionnel, qu'au lieu d'être portée devant le juge de paix, elle est confiée au président du tribunal civil.

Sa marche générale. — La procédure préliminaire devant le président peut être ainsi résumée dans ses traits essentiels :

1° Le demandeur en divorce présente en personne sa requête au président ;

2° Le président, après lui avoir fait les observations nécessaires pour le détourner de sa demande lorsqu'elle ne lui paraît pas sérieuse, rend au bas de sa requête une ordonnance lui permettant de citer son adversaire devant lui à un jour et à une heure déterminés ;

3° Le demandeur cite le défendeur devant le président.

4° Les parties étant en présence, le président essaie de les concilier ;

5° Si le président n'y parvient pas, ou dans le cas où le défendeur ne comparaît pas, le président délivre au requérant un permis de citer devant le tribunal. Nous allons reprendre successivement ces différents points pour les développer.

Présentation de la requête. — *Forme.* — La demande de divorce doit être rédigée par un avoué (1) au nom de l'époux demandeur ; elle doit contenir l'exposé sommaire des faits sur lesquels la demande est basée.

Présentation en personne. — Elle doit être remise par le demandeur lui-même en personne au président du tribunal (art. 234). La loi en a disposé ainsi parce que, dès cette première comparution, le président doit provoquer les explications du demandeur et lui faire toutes les observations qu'il juge convenable au sujet de sa demande.

(1) Sans doute la loi ne l'indique pas en termes formels ; mais on doit admettre cette solution parce qu'elle est conforme au droit commun auquel le Code n'a pas dérogé en notre matière.

Cette formalité a une telle importance dans l'esprit du législateur que si le demandeur n'est pas en état de se déplacer, il ordonne que le magistrat se transporte lui-même, assisté de son greffier, au domicile de l'époux demandeur, pour recevoir de ses propres mains la demande de divorce (art. 234, § 2).

Cependant, lorsque la demande est formée par le tuteur d'un interdit légal, la requête est remise par ce tuteur. Mais le président peut toujours ordonner la comparution personnelle de l'interdit lui-même (art. 234, § 3).

Permis de citer devant le président. — Après avoir entendu le demandeur, le président rend une ordonnance au bas de la requête, enjoignant aux parties de comparaître devant lui au jour et à l'heure qu'il indique et commettant un huissier pour notifier la citation (art 235).

Citation à comparaître devant le président. — *Forme.* — La citation à comparaître est faite au nom du demandeur par l'huissier désigné par le président dans son ordonnance sous pli fermé, afin d'éviter toute indiscrétion. En tête de la citation doivent être reproduites la requête et l'ordonnance. La citation doit être remise au défendeur trois jours francs au moins avant le jour fixé pour la comparution, outre les délais de distance, soit un jour par cinq myriamètres (art. 1033, C proc. civ.).

Comparution des époux devant le président. — Permis de citer devant le tribunal. — Au jour indiqué les époux comparaissent en personne devant le président, qui tente d'amener entre eux un arrangement. S'il n'y parvient pas, ou si le défendeur n'a pas comparu, le président rend une ordonnance qui constate la non-conciliation ou le défaut, et autorise le demandeur à assigner devant le tribunal (art. 238, § 1).

Ajournement possible. — Si le président, après avoir entendu les époux, espère arriver à une conciliation en retardant le commencement du procès, il peut ajourner les parties à un délai qui n'excède pas vingt jours. Mais, lors de cette nouvelle comparution, si le demandeur persiste dans sa requête, il est obligé de lui délivrer le permis de citer (art. 238, § 5).

Délai à observer après le permis de citer. — Le demandeur en divorce doit user de sa permission de citer dans un délai de vingt jours depuis l'ordonnance qui l'a accordée, sinon les mesures provisoires que le président a pu prescrire — et dont nous parlerons plus loin — cesseraient de plein droit (art. 238, §§ 6 et 7).

Deuxième phase : Procédure devant le tribunal. — *Prin-*

cipe. — Depuis la loi du 18 avril 1886, les affaires de divorce doivent être instruites et jugées dans la forme ordinaire, le ministère public entendu (art. 239).

Conséquences. — Il en résulte :

1° Que la demande est introduite, d'après le droit commun, par voie d'ajournement notifié par l'époux demandeur à l'époux défendeur ;

2° Que la demande reconventionnelle, que l'époux défendeur peut former contre le demandeur, pour que le jugement de divorce soit prononcé en sa faveur, peut être introduite par simple acte de conclusions, adressé par son avoué à l'avoué de son adversaire (art. 239, § 2).

3° Si le tribunal ordonne une enquête, elle n'a plus lieu, comme sous l'empire du Code civil, devant le tribunal siégeant en chambre du conseil, mais devant un juge commis spécialement à cet effet par le tribunal comme en matière ordinaire.

4° En principe, les débats ont lieu en audience publique ; mais le tribunal peut ordonner le huis clos, si les circonstances rendent cette mesure utile. Dans l'un et l'autre cas, la loi interdit la reproduction des débats par la voie de la presse, sous peine d'une amende de 100 à 2.000 francs (art. 239, §§ 4 et 5).

Particularités de la procédure. — *Possibilité d'un sursis.* — Lorsque le tribunal estime qu'en retardant le prononcé du divorce on peut espérer amener une réconciliation des époux, il a la faculté de décider qu'il sera sursis au prononcé du jugement pendant un délai qui ne peut pas dépasser six mois. Passé ce délai, sans que les époux se soient réconciliés, le tribunal sera obligé de prononcer le divorce.

Il faut noter, comme nous l'avons déjà dit, que cette possibilité d'un sursis n'existe pas lorsque le divorce est motivé par une condamnation à une peine afflictive et infamante. La loi estime, en effet, que dans ce cas il y a peu d'espoir de rapprochement entre les époux (art. 246).

Du cas particulier du défaut du défendeur. — Lorsque l'assignation n'a pas été délivrée à l'époux défendeur en personne et qu'il fait défaut, le tribunal peut, avant de prononcer le jugement sur le fond, ordonner l'insertion dans les journaux d'un avis destiné à faire connaître à cette partie la demande dont elle a été l'objet.

D'autre part, si un jugement rendu par défaut n'a pas été signifié à la personne du défendeur, le président doit ordonner sur

simple requête, publication du jugement dans les journaux qu'il désigne (art. 247).

e) *Des voies de recours.*

Énumération. — Les jugements en matière de divorce peuvent être attaqués comme les jugements ordinaires, par voie d'appel, d'opposition, de pourvoi en cassation et de requête civile. Nous n'indiquerons à l'occasion de chacune de ces voies de recours que les règles particulières au divorce.

De l'appel. — Au point de vue de l'appel, le jugement de divorce ne présente qu'une seule particularité, c'est que le délai d'appel est suspensif. Cela veut dire que le jugement de divorce ne peut pas être mis à exécution tant que le délai pour former appel ne sera pas écoulé. Il en est autrement en droit commun. C'est l'acte d'appel seul qui arrête l'exécution du jugement et non le délai d'appel lui-même.

De l'opposition. — On sait que l'opposition est la voie normale de recours ouverte contre les jugements rendus par défaut. En matière de divorce, le délai pour l'exercice de ce recours est plus long qu'en droit commun. Au lieu d'être de huitaine, comme d'ordinaire, il est d'un mois, lorsque la signification du jugement a été faite à personne, et dans le cas contraire il est de huit mois à partir du dernier acte de publicité ordonné par le tribunal (art. 247).

Comme le délai d'appel, le délai d'opposition est suspensif.

Du pourvoi en cassation. — Pour qu'il y ait pourvoi en cassation il faut supposer que le jugement du tribunal a été porté devant la Cour d'appel ; car on ne peut déférer à la Cour suprême qu'une décision en dernier ressort, en l'espèce donc, un arrêt de Cour d'appel et non un jugement du tribunal d'arrondissement. Il faut signaler ici comme particularité que le pourvoi en cassation est suspensif de l'exécution de l'arrêt attaqué, tandis qu'en règle ordinaire il ne produit pas cet effet ; et ce que nous disons du pourvoi il faut le dire, comme pour l'appel et pour l'opposition, du délai même du pourvoi.

La raison commune à toutes ces solutions c'est qu'on ne veut pas qu'un époux puisse se remarier en vertu d'une décision prononçant le divorce et qu'ensuite cette décision soit réformée sur opposition, sur appel ou à la suite d'un pourvoi en cassation.

**f) *Du prononcé du divorce et de l'exécution du jugement.*

****Innovation réalisée en 1886 quant au prononcé du divorce.** — Sous l'empire du Code civil, le tribunal d'arrondissement n'avait pas qualité pour prononcer lui même le divorce. Il se bornait à autoriser les époux à se présenter devant l'officier de l'état civil, et c'était ce magistrat qui prononçait la dissolution du mariage comme il avait présidé à sa formation. Il y avait donc une symétrie parfaite de forme entre la célébration du mariage et le divorce. Il en résultait en pratique des inconvénients graves ; la prononciation du divorce était l'occasion de scènes pénibles ou ridicules qu'on a bien fait de supprimer en 1886.

Depuis cette époque, c'est le tribunal lui même qui prononce le divorce ; seulement, le divorce n'est définitif et ne produit ses effets qu à partir du moment où le jugement a été transcrit sur les registres de l'état civil. Cette formalité de la transcription est donc essentielle, il y a lieu de s'y arrêter un moment.

****De la transcription du jugement de divorce.** — *Où doit être faite la transcription ?* — La transcription doit être faite sur les registres de l'état civil du lieu où le mariage a été célébré, d'après la loi de 1886 ; autrefois, c'était l'officier de l'état civil du lieu où l'instance de divorce s'était déroulée. Si le mariage a été célébré à l'étranger, la transcription est faite sur les registres de l'état civil du lieu où les époux avaient leur dernier domicile.

En quoi consiste la transcription ? — La transcription consiste dans la copie du dispositif du jugement sur le registre des mariages : en outre, mention en est faite en marge de l'acte de mariage (art. 251).

A partir de quel moment la transcription est possible ? — La transcription ne peut être requise que lorsque le jugement n'est plus susceptible ni d'appel, ni d'opposition, ni de pourvoi en cassation, ou quand toutes les voies de recours ont été épuisées inutilement. Justification doit en être fournie à l'officier de l'état civil conformément à l'article 548 du Code de procédure civile.

Délai dans lequel la transcription doit être requise. — La transcription doit être requise par les époux à l'officier de l'état civil dans un délai de deux mois à partir du jour où la décision prononçant le divorce est devenue définitive et irrévocable.

La sanction de cette règle est que si les parties n'ont pas requis la transcription dans ce délai, le divorce est considéré comme nul et non avenu (art. 252).

Qui peut requérir cette transcription? — Depuis 1886, les deux époux indistinctement peuvent requérir la transcription du jugement, tandis que précédemment ce droit était réservé à celui des deux qui avait obtenu le divorce. La loi de 1886 n'a conservé entre eux que la différence suivante : c'est que, pendant le premier mois, la transcription ne peut être demandée que par celui qui a gagné le procès ; mais, pendant le deuxième mois, les deux époux indistinctement peuvent la requérir.

Détermination du moment précis auquel le divorce existe. — Le divorce n'existe que du jour où la transcription est effectuée sur les registres de l'état civil ; et pour ne pas laisser à l'officier de l'état civil le pouvoir d'avancer ou de retarder à sa guise ce moment, la loi a décidé que la transcription serait faite le cinquième jour à partir de la réquisition, non compris les jours fériés.

Il suit de là que si l'un des époux vient à mourir après que le jugement de divorce est devenu irrévocable, mais avant la transcription du jugement sur les registres de l'état civil, le divorce sera considéré comme non avenu.

Omission d'une transcription régulièrement requise. — Lorsque la transcription, régulièrement requise par les époux, a été omise par l'officier de l'état civil, ce dernier encourt une amende de cent francs, conformément à l'article 50. Mais les époux n'en conservent pas moins le bénéfice du jugement de divorce. Ils devront seulement procéder comme en matière de rectification d'acte de l'état civil (1) pour en obtenir la transcription régulière sur les registres.

Publicité du jugement de divorce. — En raison de l'intérêt que les tiers peuvent avoir à connaître l'existence d'un jugement de divorce, la loi de 1886. comblant une lacune du Code civil, a prescrit les mesures de publicité suivantes, sans d'ailleurs y attacher aucune sanction.

Extrait du jugement ou de l'arrêt qui prononce le divorce doit être inséré aux tableaux exposés tant dans l'auditoire des tribunaux civils et de commerce que dans les chambres des avoués et des notaires. Pareil extrait est inséré dans l'un des journaux qui se publient dans le lieu où siège le tribunal, ou, s'il n'y en a pas, dans l'un de ceux publiés dans le département (art. 250).

(1) Voir *suprà*, p. 56.

g) *Des mesures conservatoires au cours de l'instance en divorce.*

Objet de ces mesures. — Les mesures conservatoires qu'il peut être nécessaire de prendre au cours de l'instance en divorce, sont relatives à quatre objets principaux :

1° A la résidence des époux ;
2° A l'entretien des époux ;
3° A la garde des enfants ;
4° A la conservation des biens.

Qui a qualité pour les ordonner ? — Le pouvoir de statuer sur ces différentes mesures appartient au président pendant la période préliminaire de la procédure. Mais, une fois que l'assignation devant le tribunal a été lancée, le président est dessaisi et le tribunal seul peut statuer. Cependant le président reste toujours compétent pour statuer en référé, conformément au droit commun, sur les demandes urgentes qui pourraient se présenter.

Caractère provisoire des mesures ordonnées. — Les mesures ordonnées à cet égard, soit par le président du tribunal, soit par le tribunal, ont un caractère essentiellement provisoire. Elles peuvent toujours être rapportées, lorsque les circonstances ne sont plus les mêmes.

I. **Résidence des époux.** — *Cessation de la vie commune.* — Théoriquement, la vie commune ne devrait prendre fin qu'une fois le divorce prononcé. Mais, en pratique, dès que l'instance en divorce commence, les époux mettent fin d'eux-mêmes à l'existence en commun, devenue insupportable pour chacun d'eux.

Assignation d'une résidence obligatoire à la femme. — Dès le début de la procédure, le président autorise, sur sa demande, la femme à quitter le domicile conjugal en lui assignant une résidence où elle sera tenue de demeurer (art. 236). Cette obligation comporte une double sanction : 1° le refus de secours en argent de la part du mari ; 2° une fin de non-recevoir à la demande en divorce de la femme ainsi que nous l'avons vu plus haut (art. 241).

Résidence du mari. — Habituellement, le président ou le tribunal n'a rien à décider au sujet de la résidence du mari ; il continue à résider au domicile conjugal. Il est des cas exceptionnels cependant où le mari peut être obligé de quitter le domicile conjugal en y laissant place libre à la femme. Mais alors le président n'aura pas à assigner un domicile provisoire au mari ; il pourra

le choisir comme il voudra. Il en est ainsi : notamment lorsque la femme est dans un état qui ne permet pas son transport en dehors du domicile commun, par exemple, si elle est en couches ; ou lorsque la femme dirige seule, en personne, une maison de commerce.

II. Entretien des époux. — *Hypothèse normale.* — Habituellement, c'est le mari qui a seul la libre disposition des revenus du ménage. C'est donc lui qui sera condamné à payer une pension alimentaire à sa femme (art. 238).

Cas particulier. — Mais, dans le cas particulier où le mari n'a pas l administration des biens de la femme, comme sous le régime de la séparation de biens, c'est à lui qu'une pension alimentaire devra être fournie par la femme pendant l'instance, s'il est dans le besoin.

III. Garde des enfants. — Le président, ou le tribunal, suivant les cas, peut ordonner relativement aux enfants toutes les mesures qui lui paraissent nécessaires ; les confier au père, à la mère, aux grands-parents, ou même à des tiers.

Ces mesures peuvent être prises soit sur la demande de l'un des époux, soit sur celle d'un des membres de la famille, soit sur les réquisitions du ministère public, soit même d'office (art. 240).

IV. Mesures relatives aux biens. – *Danger pour la femme.* – La femme est exposée à ce que le mari abuse des pouvoirs qui peuvent lui appartenir, dans l'intervalle qui sépare la demande du divorce du prononcé du jugement. Cela est surtout à craindre pour elle lorsqu'elle est mariée sous le régime de la communauté, puisque, sous ce régime, le mari a pour ainsi dire la libre disposition des biens communs. La loi a pris deux séries de mesures : les unes relatives aux meubles, les autres relatives aux aliénations d'immeubles et aux obligations contractées par le mari.

Mesures concernant les meubles. — Aux termes de l'article 242 le président peut, dès sa première ordonnance, autoriser l'apposition des scellés, qui sera suivie de la confection d'un inventaire du mobilier. Le mari en sera constitué le gardien judiciaire et il ne pourra plus les détourner ou les aliéner. Le président peut, en outre, ordonner toute autre mesure conservatoire utile aux intérêts de la femme, par exemple une saisie-arrêt entre les mains d'un tiers qui serait débiteur de la communauté et le dépôt du montant de sa dette à la Caisse des dépôts et consignations.

Aliénation d'immeubles et obligations.— Sur ce point, la loi

décide que les obligations contractées par le mari ou les aliénations consenties par lui postérieurement à la première ordonnance du président doivent être déclarées nulles, s'il est prouvé qu'elles ont été faites ou contractées en fraude des droits de la femme (art. 243).

**§ 3. — Des effets du divorce.

Division. — Pour bien comprendre les effets du divorce, il faut les étudier :

1° Dans les rapports des époux entre eux ;

2° Dans les rapports des époux et des enfants.

3° Il faut, enfin, se demander, à partir de quel moment le divorce produit ses effets.

C'est ainsi que nous diviserons notre paragraphe.

a) *Effets du divorce dans les rapports des époux.*

Formule générale. — On peut déterminer les effets du divorce dans les rapports des époux entre eux à l'aide des trois propositions suivantes :

1° Le divorce laisse subsister le mariage avec tous ses effets dans le passé ;

2° Le divorce fait cesser le mariage pour l'avenir.

3° Le divorce entraîne des obligations et des déchéances à l'égard de l'époux coupable.

Nous allons reprendre chacune de ces propositions pour les développer.

1re Proposition : Le divorce laisse subsister le mariage avec tous ses effets dans le passé. — Le divorce est à cet égard assimilable en tous points à la mort de l'un des époux ; comme elle, il met fin au mariage, pour l'avenir : il le dissout ou le rompt ; mais il le laisse subsister intact, avec tous les effets qu'il avait produits jusque là dans le passé. C'est en cela qu'il diffère essentiellement de l'annulation du mariage, qui opère avec rétroactivité, faisant considérer les époux comme n'ayant jamais été mariés ensemble.

2e Proposition : Le divorce fait cesser le mariage dans l'avenir. — *Principe.* — Pour l'avenir le divorce met fin au mariage comme la mort de l'un des époux.

1re *Conséquence : Les droits des époux disparaissent.* — Les

droits que le mariage avait fait naître au profit de chaque époux cessent d'exister.

Ainsi, la femme perd l'usage du nom de son mari et reprend son nom de jeune fille ; et le mari ne peut plus faire suivre son nom de celui de sa femme (art. 299, § 2, ajouté par la loi du 6 février 1893).

Chaque époux, même celui au profit duquel le divorce a été prononcé, perd tout droit à la succession de son conjoint (art. 767).

Le régime matrimonial prend fin et il y a lieu à liquidation des droits des époux, notamment, la communauté est dissoute, la femme a le droit d'exercer ses reprises contre le mari, et d'exiger la restitution de sa dot.

2e *Conséquence : Les obligations des époux cessent.* — Désormais, plus de devoir de fidélité, de secours, d'assistance, plus de vie commune ; plus d'autorité maritale. La femme recouvre son entière capacité juridique, elle n'est plus soumise à la nécessité de l'autorisation de son mari.

3e *Conséquence* : *Possibilité d'un nouveau mariage.* — Chacun des époux divorcés, ayant reconquis son indépendance, peut se remarier. Il existe, cependant, une restriction que nous connaissons déjà :

La femme doit observer le délai de viduité, qui, nous le savons, est de dix mois (art. 296).

Cas particulier du nouveau mariage d'époux divorcés. — *Rigueur du Code civil.* — Le Code civil interdisait aux époux divorcés de se remarier ensemble, quelle que fût la cause de leur divorce (art. 295). Cette solution était trop rigoureuse.

Innovation réalisée en 1884. — Cette solution a été modifiée par la loi du 27 juillet 1884. Le nouvel article 295 autorise en principe les époux à se remarier ensemble. Il ne le leur défend que si l'un ou l'autre a, postérieurement au divorce, contracté un nouveau mariage suivi d'un second divorce. Cette dernière restriction est difficile à justifier ; on ne peut la considérer que comme une légère satisfaction qu'on a voulu donner en 1884 à ceux qui étaient partisans de l'interdiction absolue du mariage entre époux divorcés (art. 295, § 1).

Nécessité d'une nouvelle célébration. — La seule volonté des époux divorcés ne suffit pas pour rétablir entre eux les liens du mariage ; une nouvelle célébration est nécessaire pour effacer le divorce (art. 295, § 1). S'ils se réunissaient purement et simple-

ment, ils seraient en état de concubinage et non dans la situation de gens mariés.

Maintien du régime matrimonial antérieur. — Et cependant, bien que ce soit une nouvelle union, tout à fait distincte de la première, qui va commencer, les époux ne peuvent pas adopter un régime matrimonial autre que celui qui réglait originairement leurs intérêts pécuniaires (art. 295, § 2). Cette limitation à la liberté des époux a été posée afin d'assurer le respect du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales que nous aurons à expliquer plus tard. Si cette restriction n'existait pas, ce principe aurait pu être éludé de la façon suivante : des époux auraient pu s'entendre pour divorcer, ils se seraient ensuite remariés ensemble sous un régime matrimonial différent de celui qu'ils avaient adopté la première fois.

Restriction à la faculté du divorce. — Ainsi que nous l'avons dit plus haut, ce nouveau mariage ne peut plus faire l'objet d'un divorce, sauf dans le cas où l'un des époux serait condamné à une peine afflictive et infamante (art. 295).

3e Proposition : Le divorce entraîne à la charge de l'époux coupable des obligations et des déchéances. — *Idée générale.* — Le divorce est rendu nécessaire par un acte illicite commis par l'un des époux. La loi a pensé que l'époux coupable devait réparation à son conjoint du préjudice qui en résulte pour ce dernier ; d'où l'obligation alimentaire qu'il a mise à sa charge. En outre, il l'a frappé de certaines déchéances.

De l'obligation alimentaire de l'article 310. — *En quoi elle consiste.* — Lorsque l'époux au profit duquel le jugement de divorce a été prononcé n'a pas de ressources personnelles suffisantes pour vivre, il a le droit d'exiger de son conjoint une pension alimentaire.

Son fondement. — Cette pension alimentaire a le caractère d'une indemnité pécuniaire mise à la charge de l'époux coupable pour réparer le préjudice que lui a causé le divorce. C'est une sorte d'obligation délictuelle reposant sur le principe de l'article 1382 du Code civil.

Détermination du montant de la pension. — Le montant de cette pension alimentaire est déterminé, suivant les règles du droit commun, en tenant compte, d'une part, des ressources de l'époux débiteur, et d'autre part des besoins de l'époux créancier.

Cependant, elle échappe aux règles ordinaires de l'obligation alimentaire sur deux points :

1° Elle ne peut pas dépasser le tiers des revenus de l'époux débiteur ;

2° Elle se transmet passivement aux héritiers de l'époux débiteur, de façon à être servie à l'époux qui en est créancier jusqu'à sa mort.

Déchéances encourues. — *Règle de l'article* 299. — L'époux contre lequel le divorce est prononcé perd tous les avantages que l'autre époux lui avait faits, soit par contrat de mariage, soit depuis le contrat. Cette déchéance ressemble à celle qui se produit, en matière de donation, lorsque la donation est révoquée pour cause d'ingratitude de la part du donataire. L'idée qui sert de base à ces deux déchéances est la même : on punit l'époux de n'avoir pas été reconnaissant envers son conjoint en le privant des libéralités qu'il en avait reçues.

Quant à l'époux qui a obtenu le divorce il conserve les avantages à lui faits par l'autre époux, encore qu'ils aient été stipulés réciproques et que la réciprocité n'ait pas lieu (art. 300).

Etendue d'application. — La déchéance établie par l'article 299 s'applique :

1° Aux donations proprement dites faites par l'un des époux à l'autre, soit dans le contrat de mariage, soit pendant le mariage ;

2° Aux avantages matrimoniaux, tels que préciput, partage inégal, etc. qui permet à l'un des époux de prendre sur l'actif de la communauté, au moment de sa liquidation, une part supérieure à la moitié (art. 1518).

Comment s'opère cette révocation. — La révocation de ces libéralités s'opère de plein droit dès l'instant où le divorce est irrévocable par la transcription du jugement.

Mais elle n'opère pas rétroactivement ; en sorte que les aliénations ou les constitutions de droit réel consenties par l'époux donataire sur les biens donnés au profit des tiers seront maintenues.

Du cas où le divorce est prononcé aux torts des deux époux. — Lorsque le divorce est prononcé aux torts des deux époux, les avantages existant de part et d'autre sont également révoqués.

Par là, on se rend compte de l'utilité d'une demande reconventionnelle de divorce de la part de l'époux défendeur.

b) *Effets du divorce à l'égard des enfants.*

Formule générale. — La dissolution du mariage par le divorce n'apporte aucune modification à l'état des enfants, aux droits

et aux obligations qui en sont les conséquences (art. 304). Les enfants conservent leur qualité d enfants légitimes ; les droits et les obligations qui résultent de cette qualité vis-à-vis de leurs parents subsistent intacts : les droits, tels que le droit de succession et le droit aux aliments ; les obligations telles que l'obligation alimentaire, le devoir de respect qui se traduit par la nécessité persistante de demander le consentement à leurs parents pour pouvoir se marier, sauf ce que nous avons dit sur ce point au sujet de l'article 152 (1) Mais le divorce apporte des modifications importantes à l'exercice de la puissance paternelle.

Conséquences du divorce sur la puissance paternelle. — *Principes.* — C'est aux tribunaux que la loi a confié en grande partie le soin de régler les conditions de l'exercice de la puissance paternelle au cas de divorce En principe. les enfants sont remis à l'époux qui a obtenu le divorce pour exercer à leur égard le droit de garde et diriger leur éducation et leur instruction. Cette solution se justifie par l'indignité de l'époux coupable.

Tempérament. — Cette règle n'a d'ailleurs rien d'absolu. Le tribunal peut sur la demande de la famille ou du ministère public, agir autrement. s il y a avantage pour les enfants

Ainsi, il peut laisser à la mère, quoique coupable, la garde des enfants en bas âge jusqu'à une époque déterminée de leur existence, après quoi ils devront être remis au père ; ou bien. il peut répartir les enfants entre les deux époux, au père attribuer les garçons, et donner les filles à la mère. Il peut même, si aucun des parents ne présente des garanties suffisantes, confier les enfants à une tierce personne qu'il désignera.

Il est d'ailleurs à remarquer que les résolutions prises à cet égard par le tribunal peuvent toujours être modifiées par lui à la demande des intéressés, si des circonstances nouvelles l'exigent.

Déchéances subies par l'époux coupable. — L'époux coupable perd, à l'égard de ses enfants, outre le droit de garde, dans les conditions que nous venons d'indiquer, la jouissance légale sur leurs biens (art. 386).

Ce que conserve l'époux coupable. — Cependant, l'époux coupable conserve à l'égard de ses enfants certains attributs de la puissance paternelle :

1° Le droit d'administration légale de leurs biens ;

2° Le droit d'être tuteur ; le droit de nommer un tuteur à l'en-

(1) Voir *suprà*, p. 125.

fant ; le droit, si c'est le père, de désigner un conseil à la mère tutrice légale ;

3° Le droit d'émanciper l'enfant ;

4° Le droit de donner à l'enfant le consentement dont il a besoin au cas de mariage, sauf ce qui a été rappelé ci-dessus, au cas d'adoption, de tutelle officieuse, d'engagement dans l'armée ;

5° Le droit de voir l'enfant à certaines époques qui sont généralement indiquées par le tribunal pour éviter tout conflit à ce sujet ;

6° Le droit de surveiller l'éducation des enfants et de provoquer sur ce point l'intervention du tribunal, si les circonstances l'exigent (art. 303).

En ce qui concerne l'exercice du droit de correction, les avis sont partagés, au moins lorsque la garde des enfants est confiée à la mère.

Les uns (1) estiment que le droit de correction doit être reconnu à la mère qui l'exercera suivant les règles qui lui sont imposées par l'article 381 (2) ; parce que ce droit est la contre-partie et comme la sanction du droit de garde.

D'autres (3), au contraire, pensent que dans le silence du Code sur ce point, il faut continuer à appliquer en matière de divorce les règles du droit commun en réservant au père le droit de correction.

Rappelons, enfin, que les époux divorcés doivent contribuer, en proportion de leurs facultés, aux frais d'entretien, d'éducation, et d'instruction de leurs enfants (art. 303).

c) *A partir de quel moment le divorce produit ses effets.*

Règle générale. — Absence de rétroactivité. — Le principe est que le divorce ne produit ses effets qu'à partir du moment où il est rendu définitif par la transcription effectuée sur les registres de l'état civil (4). Ses effets ne rétroagissent pas, comme ceux des jugements ordinaires, au jour de la demande en justice.

Il en est ainsi, parce qu'à la différence des jugements ordinaires

(1) Laurent, III, n° 394 ; Dalloz, *Jur. gén.*, *Supp.*, *Div. et sép. de corps*, 617.

(2) Voir *infrà*, p. 302.

(3) Huc, II, n° 431.

(4) Ainsi, jusque-là subsistent : le devoir de fidélité, le devoir de secours et d'assistance, l'incapacité de la femme mariée.

qui sont déclaratifs de droit, le jugement de divorce a un caractère attributif ; il crée une situation nouvelle qui ne peut produire d'effets que dans l'avenir.

Application dans les rapports des époux et des tiers sous le régime de la communauté. — Il en résulte, notamment, que, sous le régime de la communauté, le mari conserve tous ses pouvoirs sur les biens communs jusqu'au moment de la transcription du divorce. En conséquence, les aliénations, et les constitutions de droits réels qu'il consentirait, seraient valables et opposables à la femme. Sauf le droit qui lui appartient, ainsi que nous l'avons expliqué plus haut (1), de faire tomber les actes accomplis frauduleusement par son mari. Cette solution s'imposait pratiquement, parce que la demande de divorce n'est pas rendue publique et que les tiers n'en sont pas prévenus.

Exception à la règle : Rétroactivité entre époux. — Par exception, dans les rapports des époux, les effets du divorce remontent au jour de la demande en ce qui concerne la liquidation de leurs intérêts pécuniaires (art. 252, *in fine*).

Il en résulte, notamment, sous le régime de la communauté :

1° Que les donations ou successions mobilières échues à l'un des époux depuis la demande de divorce ne devront pas être comprises dans la masse commune, mais rester propres à chacun d'eux ;

2° Que la femme peut demander compte au mari des aliénations ou des obligations qu'il a consenties sur les biens communs depuis la demande de divorce, quand même, étant exemptes de fraude, elles ne pourraient pas être annulées à l'encontre des tiers.

CHAPITRE II. — LA SÉPARATION DE CORPS.

Notions préliminaires.

Définition. — La séparation de corps est la situation dans laquelle se trouvent deux époux, qui, tout en restant unis par les liens du mariage, sont dispensés par une décision judiciaire de l'obligation de vivre en commun et de toutes les obligations qui s'y rattachent.

Comparaison avec le divorce. — La séparation de corps ressemble à bien des points de vue au divorce. Comme lui, elle est une déviation, une altération du mariage. Mais elle en diffère es-

(1) Voir *suprà*, p. 215.

sentiellement, en ce que le divorce dissout le mariage, tandis que la séparation de corps relâche simplement le lien conjugal, sans le rompre.

Historique. — La séparation de corps tire son origine du droit canonique qui l'avait admise comme tempérament au principe de l'indissolubilité du mariage.

Nous avons vu que les lois révolutionnaires l'avaient supprimée, faisant ainsi violence aux consciences des catholiques, en n'admettant que le divorce.

Le Code civil. tout en maintenant le divorce, avait rétabli la séparation de corps, pour donner satisfaction aux scrupules des catholiques. Ces deux institutions coexistèrent donc jusqu'à la loi du 8 mai 1816 qui, en supprimant le divorce. laissa le champ libre à la séparation de corps Elles se sont retrouvées de nouveau côte à côte depuis que le divorce a été rétabli en 1884.

Le rétablissement du divorce a exercé un contre-coup salutaire sur la séparation de corps. De bons esprits. au Sénat, en vue de rendre le divorce moins fréquent, s'attachèrent à améliorer le régime de la séparation de corps C'est de cette préoccupation qu'est sortie la loi du 6 février 1893, qui a modifié heureusement, sur des points importants, la réglementation surannée du Code civil.

Malgré ces efforts louables. le divorce n'a pas été enrayé. puisque les demandes en divorce n'ont pas cessé de suivre une progression ascendante ; ainsi de 9.309 qu'elles étaient en 1900, elles ont été en 1901 de 10.539. Le nombre des divorces a toujours été constamment supérieur à celui des séparations de corps. Il n'est pas douteux, cependant, que la loi de 1893 a exercé une influence salutaire en augmentant le nombre des séparations de corps. La moyenne annuelle de 2.235, constatée pour la période de 1891-1895, s'est élevée à 2.944 en 1900 et le chiffre réel a été de 3.018 en 1901 (1).

Division du chapitre. — Pour étudier la matière de la séparation de corps avec tous les développements qu'elle comporte nous diviserons notre chapitre en quatre paragraphes :

§ 1. Causes de la séparation de corps.
§ 2. Procédure de la séparation de corps.
§ 3. Effets de la séparation de corps.
§ 4. Fin de la séparation de corps.

(1) *Journal officiel* du 5 janvier 1904, p. 136, qui fournit les dernières statistiques à cet égard.

§ 1. — Causes de la séparation de corps.

Principe posé par l'article 306. — Aux termes de l'article 306 il y aurait identité entre les causes de divorce et les causes de séparation de corps ; en sorte que l'époux demandeur pourrait à son gré conclure indifféremment, soit au divorce, soit à la séparation de corps.

** **Hiérarchie établie par la jurisprudence entre le divorce et la séparation de corps.** — *Exposé.* — Malgré l'énergie des termes de l'article 306 qui assimile formellement la séparation de corps et le divorce, la jurisprudence a établi entre eux une sorte de hiérarchie ; pour elle, la séparation de corps n'est qu'un divorce mitigé, de sorte que les causes, qui sont de nature à justifier la séparation de corps, ne sont pas toujours suffisantes pour motiver un divorce. Cette différence n'existe d'ailleurs qu'en ce qui concerne les griefs tirés des excès, sévices ou injures graves. Car l'adultère et la condamnation à une peine afflictive, même pour la jurisprudence, sont également des causes péremptoires, soit de divorce, soit de séparation de corps, comme il a été dit plus haut (Req., 11 janvier 1887, D. 88.1.334).

Raisons données. — Cette manière de voir peut trouver un appui :

1° Dans la différence des conséquences résultant du divorce et de la séparation de corps ; l'un qui rompt le mariage, l'autre qui en détend simplement les liens ; l'un qui établit une situation définitive, l'autre qui établit une situation qui peut n'être que transitoire. Dès lors, on comprend qu'on exige des griefs plus graves pour le divorce que pour la séparation de corps ;

2° Dans les travaux préparatoires du Code civil, desquels il résulte évidemment qu'aux yeux de plusieurs conseillers d'Etat et dans l'esprit du premier Consul la séparation de corps ne devait pas être mise sur la même ligne que le divorce ;

3° De la solution donnée par l'article 310 qui permet du tribunal de refuser aux époux la conversion de la séparation de corps en divorce. Cela ne peut s'expliquer, dit on, que si les causes qui avaient motivé la séparation ne paraissent pas assez graves pour entraîner le divorce.

Du choix à faire entre la séparation de corps et le divorce. — *A qui appartient ce choix ?* — C'est à l'époux demandeur et non au tribunal saisi, qu'il appartient de faire choix dans ses conclusions, entre la séparation de corps et le divorce.

Ce choix est-il irrévocable ? — Ce choix une fois fait n'est pas irrévocable L'époux peut revenir sur l'objet de sa demande primitive. Mais sur ce point existe une différence qui est toute en faveur de la séparation de corps.

En tout état de cause, même en appel, le demandeur peut transformer sa demande en divorce en demande en séparation de corps (art. 239, § 2). Cette solution a été admise en 1886 dans le but de diminuer le nombre des divorces.

Au contraire, lorsqu'un époux a formé une demande en séparation de corps, s'il veut la transformer en demande en divorce, il est obligé de recommencer toute la procédure. D'autre part, il ne peut pas faire cette conversion en appel.

§ 2. — Procédure de la séparation de corps.

A qui appartient l'exercice de l'action ? — Il faut appliquer sur ce point les mêmes règles qu'en ce qui concerne le divorce, sauf une petite particularité, déjà signalée (1), et qu'il suffit de rappeler. Le tuteur d'un interdit judiciaire ne peut pas en son nom demander le divorce, tandis qu'il peut demander la séparation de corps avec l'autorisation du conseil de famille.

Marche générale de la procédure. — *Principe* — En principe, depuis 1886, la procédure de la séparation de corps ne diffère pas de celle du divorce. Tout ce que nous avons dit pour le divorce en ce qui concerne la compétence, les fins de non-recevoir les voies de recours, les mesures conservatoires à prendre pendant l'instance, la procédure proprement dite, tout cela s'applique à la séparation de corps. Nous n'avons donc qu'un simple renvoi à faire aux développements que nous avons donnés à ce sujet précédemment.

Points de différence entre les deux procédures. — Il subsiste, cependant entre les deux procédures quelques différences de détail qu'il y a lieu de signaler rapidement :

1° La requête en matière de séparation de corps n'a pas besoin d'être remise par le demandeur en personne, comme en matière de divorce ;

2° En matière de séparation de corps, le tribunal ne peut pas retarder le jugement définitif pendant six mois, comme pour le divorce ;

(1) Voir *suprà*, p. 203.

3° En matière de séparation de corps, le défaut du défendeur ne donne pas lieu à des mesures de publicité exceptionnelles, comme pour le divorce ;

4° Le délai d'appel n'est pas suspensif en matière de séparation de corps, comme en matière de divorce ;

5° Le jugement de séparation de corps n'est pas transcrit sur les registres de l'état civil, comme le jugement de divorce.

Particularité des demandes reconventionnelles. — La question de savoir dans quelle forme le défendeur peut former des demandes reconventionnelles soit en matière de divorce, soit en matière de séparation de corps, a soulevé de grandes difficultés. Dans l'état actuel de la jurisprudence, voici les solutions qui sont admises.

Lorsque le demandeur conclut au divorce, le défendeur peut à son gré demander reconventionnellement, par acte d'avoué à avoué, soit le divorce, soit la séparation de corps (1).

Au contraire, lorsque le demandeur conclut à la séparation de corps le défendeur ne peut pas, sous forme de demande reconventionnelle, conclure au divorce ; il est dans la nécessité de demander le divorce à l'aide d'une instance distincte (2).

C'est encore une conséquence de la hiérarchisation admise en jurisprudence entre le divorce et la séparation de corps.

**§ 3. — Effets de la séparation de corps.

Idée générale. — La séparation de corps laisse subsister le mariage tout en supprimant la vie commune et toutes les obligations qui s'y rattachent. Pour en bien préciser les effets en détail, nous allons étudier :

a) Les conséquences du mariage qui disparaissent.

b) Les conséquences du mariage qui subsistent.

c) Les déchéances encourues par l'époux coupable.

a) *Conséquences du mariage qui disparaissent.*

Suppression du devoir de cohabitation. — C'est là le principal effet de la séparation de corps. Tous les autres n'en sont que des conséquences logiques.

(1) Paris, 27 juin 1888, D. 90.2.391.
(2) Dijon, 27 février 1887, S. 88.2.17.

Droit pour la femme d'avoir une résidence et un domicile propres. — La femme séparée de corps a désormais une résidence propre qu'elle peut choisir librement. Elle a également un domicile distinct de celui de son mari. Cette dernière solution, déjà admise antérieurement par la jurisprudence, a été consacrée par la loi de 1893 (art 104, p 2).

Séparation de biens accessoire. — *Règle.* — La séparation de corps entraîne comme conséquence nécessaire la séparation de biens. Le régime matrimonial que les époux avaient adopté dans leur contrat de mariage prend donc fin pour l'avenir.

Conséquences générales. — Il en résulte :

1° Que la communauté est dissoute et qu'il y a lieu à liquider et à restituer à la femme ses biens propres.

2° Que sous le régime dotal, la mari doit restituer à la femme sa dot, dont il n'a plus ni l'administration ni la jouissance.

3° De même lorsque les époux sont mariés sous le régime exclusif de communauté, le mari perd son droit d'administration et de jouissance sur tous les biens de sa femme.

Suppression de l'autorité maritale et de l'incapacité de la femme mariée. Avec la suppression de la vie commune disparaît logiquement l'autorité maritale. Du moment qu'il n'existe plus de société conjugale, il ne peut plus y avoir d'associé chef et d'associé en second.

Par voie de conséquence également, l'incapacité de la femme mariée cesse ; nous savons, en effet, qu'elle repose principalement sur la soumission que la femme doit à son mari. Cependant, lorsque la femme est mariée sous le régime dotal, l'incapacité dont elle était frappée relativement à ses biens dotaux survit à la séparation de corps. Nous reviendrons sur ce point lorsque nous étudierons les régimes matrimoniaux.

Il est à remarquer que la capacité juridique n'a pas été rendue à la femme séparée de corps, par le Code civil lui-même. Cette solution est due à la loi du 6 février 1893 qui a remanié très heureusement dans ce sens l'article 311 du Code.

Modification en ce qui concerne le nom des époux. — A cet égard nous rappellerons une solution que nous avons exposée précédemment (1) Le tribunal peut interdire à la femme de porter le nom de son mari ou l'autoriser à ne pas le porter. Dans le cas où le mari aurait joint à son nom le nom de sa femme,

(1) Voir *suprà*, p. 72.

celle-ci peut demander qu'il soit interdit au mari de le porter (art. 311 modifié en 1893).

b) *Conséquences du mariage qui subsistent.*

Maintien du devoir de fidélité. — Malgré la séparation de corps le devoir de fidélité s'impose aux époux ; et pour la femme il comporte toujours la même sanction pénale. Au contraire, l'adultère du mari ne peut plus être un délit, l'entretien d'une concubine dans la maison commune étant désormais impossible, puisqu'il n'y a plus de maison commune.

Maintien du devoir de secours. — De même, le devoir de secours subsiste à la charge des deux époux ; en sorte que l époux coupable peut obtenir une pension alimentaire de son conjoint.

Nouveau mariage impossible. — Enfin, les époux séparés de corps ne peuvent pas se remarier. C'est là la conséquence la plus sensible en pratique du maintien du lien conjugal et la différence la plus apparente entre la séparation de corps et le divorce.

c) *Déchéances encourues par l'époux coupable.*

Dans les rapports avec les enfants — Dans leurs rapports avec les enfants la séparation de corps produit les mêmes effets pour les époux que le divorce. Tout ce que nous avons dit en ce qui concerne la puissance paternelle à l'occasion du divorce s'applique donc à la séparation de corps sauf sur un point cependant. C'est que, en cas de séparation de corps, l'époux coupable n'est pas privé de la jouissance légale comme au cas de divorce art. 386).

Dans les rapports des époux entre eux. *Perte des avantages matrimoniaux* art 299). — Longtemps, on a discuté si la perte des avantages matrimoniaux était encourue par l'époux coupable en cas de séparation de corps, comme au cas de divorce. Le doute venait des termes de l'article 299 qui ne faisait mention expressément que du divorce ; beaucoup d'auteurs hésitaient à étendre par voie d'analogie un article contenant une déchéance, pour lequel l'interprétation stricte est de rigueur. Mais la question a été définitivement résolue. dans le sens de l'assimilation sur ce point de la séparation de corps au divorce à partir d'un arrêt rendu par la Cour de cassation, toutes chambres réunies, en audience solennelle, le 23 mai 1845 (D. 45.1.225) (1).

(1) En faveur de cette solution, on a principalement argumenté de l'arti-

Perte des droits de succession et autres droits analogues. — L'époux coupable perd également :

a) Son droit de succession à l'égard de son conjoint, s'il venait à lui survivre.

b) Le droit de jouissance accordé par la loi du 14 juillet 1866 au conjoint survivant sur les droits d'auteur de son conjoint.

c) Le droit à une pension de retraite, lorsque son conjoint est fonctionnaire public (Loi du 9 juin 1853, art. 13).

Sur tous ces points, il y a une différence intéressante à signaler entre la séparation de corps et le divorce.

Au cas de divorce ces différents droits sont perdus indistinctement pour les deux époux, aussi bien pour celui qui est coupable que pour l'autre, parce que le divorce leur enlève la qualité d'époux à laquelle sont attachés ces avantages.

Au contraire, au cas de séparation de corps, c'est seulement celui des époux contre lequel le jugement est prononcé qui en est privé à titre de pénalité ; son conjoint n'encourt à cet égard aucune déchéance.

§ 4. — De la cessation de la séparation de corps.

Énumération. — La séparation de corps peut prendre fin :

1° Par la mort de l'un des époux ;

2° Par la réconciliation des époux ;

3° Par la conversion de la séparation de corps en divorce ;

4° Par un divorce prononcé pour faits nouveaux.

Nous n'avons rien de particulier à dire sur la première de ces quatre causes. Nous allons, au contraire, consacrer à l'étude des trois autres une subdivision de ce paragraphe.

a) *De la réconciliation des époux.*

Forme. — Nous avons dit plus haut en quoi consiste la réconciliation, lorsque nous l'avons étudiée comme fin de non-recevoir en matière de divorce (1). Elle implique le pardon des fautes commises par l'époux coupable de la part de son conjoint et la volonté réciproque de mettre fin à leur existence séparée. La loi n'a pres-

cle 1518 qui prononce implicitement la déchéance de l'époux coupable au point de vue du préciput, aussi bien au cas de divorce qu'au cas de séparation de corps.

(1) Voir *suprà*, p. 204.

crit aucune forme particulière pour la réconciliation. Elle se manifestera le plus souvent par la reprise pure et simple de la vie commune.

Publicité organisée en 1893. — Mais, en raison de l'intérêt que les tiers ont à être renseignés sur le changement que la réconciliation doit amener dans la situation des époux, et notamment dans la capacité juridique de la femme, la loi du 6 février 1893 a ordonné qu'elle soit portée à la connaissance du public de la façon suivante :

1° Un acte constatant la réconciliation doit être dressé par un notaire et un extrait de cet acte doit être affiché dans la salle principale du tribunal de première instance, et, si le mari est commerçant, dans celle du tribunal de commerce ;

2° Mention doit en être faite en marge de l'acte de mariage et du jugement qui a prononcé la séparation ;

3° Extrait doit en être inséré dans un journal d'annonces légales du département (art. 311, § 4).

Effets de la réconciliation. — La réconciliation a pour conséquence d'effacer tous les effets qu'avait produits la séparation de corps, tant à l'égard des époux qu'à l'égard des enfants.

En conséquence :

1° La vie commune reprend ; la femme n'a plus ni résidence, ni domicile propres ;

2° L'autorité maritale est rétablie et avec elle l'incapacité de la femme mariée ;

3° L'autorité paternelle est rendue au père si elle lui avait été enlevée par le jugement.

Maintien de la séparation de biens. — Il est, cependant, un effet de la séparation de corps qui subsiste, c'est la séparation de biens qui en avait été la conséquence. Elle ne cesse pas de plein droit par la reprise de la vie commune, parce qu'on n'a pas voulu que la femme pût être détournée de la réconciliation par la préoccupation de la remise en vigueur du contrat de mariage.

Pour que la séparation de biens cesse en même temps que la séparation de corps, il faut une convention formelle et spéciale dont les formes sont prévues à l'article 1451 et dont nous aurons à parler en traitant plus tard de la séparation de biens principale.

Conséquence de la non-publicité de la réconciliation. — Si les époux ne donnent pas à leur réconciliation la publicité prescrite par la loi de 1896, cette réconciliation ne sera pas oppo-

sable aux tiers ; par conséquent la femme sera réputée capable comme si elle était toujours séparée de corps (1).

**b) *De la conversion de la séparation de corps en divorce.*

En quoi elle consiste. — Sa raison d'être. — Le Code civil, dans son article 310, autorise le tribunal à transformer la séparation de corps en divorce lorsqu'elle a duré trois ans, sans qu'il y ait eu réconciliation des époux.

La raison de cette solution est que la séparation de corps est une situation sans issue dans laquelle on ne peut pas enfermer les époux indéfiniment. Du moment qu'il n'y a plus rien de commun entre eux, il vaut mieux rompre le dernier lien qui les rattache encore l'un à l'autre.

En rendant ainsi à chacun d'eux sa liberté, on leur permet de se constituer une nouvelle famille, sans sombrer dans le concubinage.

Conditions requises pour la conversion — *Enumération.* — Pour que cette conversion ait lieu, trois conditions sont requises :

1° Il faut qu'il y ait eu un jugement de séparation de corps.

2° Il faut que la séparation de corps ait duré trois ans ;

3° Il faut que la conversion soit demandée par l'un des époux et soit accordée par le tribunal.

1re Condition. — Existence d'un jugement antérieur de séparation de corps. — L'examen de cette première condition ne soulève aucune difficulté. Il est bien évident qu'une séparation de fait ne saurait suffire pour entraîner le divorce.

2e Condition. — Délai de trois ans. — La loi n'ayant pas indiqué le point de départ de ce délai on a discuté sur ce point. Mais l'opinion qui prévaut est que le délai de trois ans commence à courir seulement du jour où le jugement ou l'arrêt qui pro-

(1) De sorte qu'en définitive après la réconciliation la femme peut se trouver dans trois situations différentes :

1° Si la réconciliation a été publiée et que la séparation de biens n'ait pas été effacée, la femme sera incapable comme une femme séparée de biens (art. 1449) ;

2° Si la réconciliation a été publiée et que la séparation de biens a été effacée, elle sera aussi incapable qu'avant le jugement de séparation de corps.

3° Si la réconciliation n'a pas été publiée, elle reste aussi capable, que s'il y avait toujours séparation de corps.

nonce la séparation de corps est devenu définitif, c'est-à-dire lorsque l'opposition, l'appel et le pourvoi en cassation ont été épuisés inutilement ou ne sont plus recevables.

Ce délai doit être expiré avant que la demande en conversion soit présentée au tribunal. Il ne suffirait pas qu'il le soit le jour où intervient le jugement de conversion (Cass., 28 novembre 1887, D. 88.1.433).

3e Condition. — La conversion doit être demandée par l'un des époux et accueillie par le tribunal. — *Qui a qualité pour demander la conversion ?* — Sous l'empire du Code civil, seul l'époux qui était originairement défendeur pouvait demander le divorce ; l'autre époux, qui avait fait choix de la séparation de corps, ne le pouvait pas

Il n'en est plus ainsi depuis 1884 ; la loi qui a établi le divorce confère indistinctement à l un et à l'autre époux le droit de réclamer la conversion

Cette solution a été critiquée avec raison : elle a le tort de permettre à l'époux coupable d'imposer à son conjoint le divorce auquel il avait préféré la solution de la séparation de corps en raison de ses scrupules religieux.

Pouvoir d'appréciation du tribunal saisi.. — Sous l'empire du Code, le tribunal était obligé de faire droit à la demande de conversion, lorsque les conditions requises par la loi étaient réunies. Il n'en est plus ainsi depuis 1884 ; le nouvel article 310 dit, en effet. « le jugement *pourra* être converti... » Ce qui laisse aux juges un pouvoir d'appréciation

D'après la jurisprudence, la conversion peut être refusée : soit lorsque tout espoir de rapprochement entre époux n'est pas perdu ; soit parce que la conversion serait contraire à l'intérêt des enfants, ou parce qu'elle permettrait à l'époux qui l'obtiendrait de couvrir ses désordres et de s'unir en mariage à la personne avec laquelle il entretient des relations adultérines ; ou encore parce que, depuis le jugement de séparation de corps. l'époux coupable a aggravé par une inconduite notoire et scandaleuse les torts et griefs qui avaient motivé cette décision et est directement responsable de ce que toute réconciliation est devenue impossible (Paris, 24 janvier 1895 D. 95.2.480 ; Req., 21 avril 1896, D. 96.1.551).

Projet de modification. — Une proposition a été soumise aux Chambres en vue de modifier l'article 310 (1). Aux termes de cette

(1) On doit en chercher l'origine dans un article de notre regretté maître M. Saint-Marc, dans la *Revue critique* de 1885, p. 122 et 229.

proposition, le tribunal serait obligé d'accorder la conversion lorsqu'elle serait demandée. Si elle était votée, la séparation de corps ayant duré trois ans, serait une cause péremptoire de divorce.

Procédure de la conversion. — La procédure est très simple. Le demandeur doit adresser une requête au président du tribunal du domicile du défendeur.

Le président rend une ordonnance contenant permis de citer devant le tribunal, nommant un juge-rapporteur et ordonnant la communication au ministère public.

L'affaire est introduite par voie d'ajournement, suivant les règles du droit commun Elle est débattue devant le tribunal en chambre du conseil, c'est à-dire en dehors de la présence du public ; mais le jugement doit être rendu en audience publique.

Le jugement qui prononce la conversion doit être transcrit comme un jugement de divorce ordinaire.

Effets du jugement de conversion. — *Principe.* — Le jugement de conversion ne doit modifier en rien la situation résultant pour les époux du jugement de séparation de corps. Il doit consister à mettre « divorce » à la place de « séparation de corps » dans le jugement précédemment rendu.

Conséquences. — De cette idée essentielle résultent notamment les conséquences suivantes :

1° Le tribunal ne peut pas changer la cause de son jugement ; si la séparation avait été prononcée pour cause d'adultère, il ne peut pas rendre le jugement de divorce pour cause d'injures graves et réciproquement ;

2° Le bénéfice du divorce doit être accordé à celui qui avait obtenu le jugement de séparation de corps, même si c'est l'époux coupable qui a provoqué le jugement de conversion.

Et si la séparation de corps avait été prononcée aux torts des deux époux, c'est dans les mêmes conditions que le divorce sera prononcé.

Observation quant à la pension alimentaire. — La pension alimentaire, accordée par le jugement de séparation de corps, disparaît, au cas de conversion, lorsqu'elle a été mise à la charge de l'époux innocent ou à charge de l'un des époux, au cas de torts réciproques. Car nous savons que le divorce met fin à l'obligation alimentaire établie par l'article 212. Au contraire, si elle a été mise à la charge de l'époux coupable, elle survivrait à la conversion, si elle pouvait être rattachée à l'article 301, et avoir pour

cause la réparation du dommage causé à l'époux innocent par la rupture du lien conjugal.

c) *Divorce prononcé pour faits nouveaux.*

Formule générale. — Au lieu de demander la conversion de la séparation de corps en divorce, l'un des époux peut, avant l'expiration du délai de trois ans, demander le divorce, en suivant la procédure ordinaire pour une des trois causes que nous connaissons bien, excès, sévices, injures graves, adultère, ou condamnation pénale.

Qui peut exercer cette action ? — Cette action en divorce peut être exercée par les deux époux, même par celui qui avait demandé et obtenu le jugement de séparation de corps. Seulement, cet époux ne pourra pas motiver sa demande de divorce sur les mêmes faits qui ont entraîné le jugement de séparation de corps ; il devra la faire reposer sur des faits nouveaux postérieurs à ce jugement ; les faits antérieurs ne peuvent servir que pour une demande en conversion. Au contraire, l'époux contre lequel la séparation de corps a été prononcée peut former sa demande en divorce même pour des faits antérieurs au jugement de séparation, à moins que cet époux n'ait formé, au cours de l'instance en séparation de corps une demande reconventionnelle dont il aurait été débouté.

TITRE II

DE LA FILIATION

NOTIONS PRÉLIMINAIRES

Définition. — La filiation est le lien qui unit le père à l'enfant lorsqu'on considère le rapport de parenté qui existe entre eux, à l'égard de l'enfant. Le même rapport envisagé au point de vue du père s'appelle paternité ; au point de vue de la mère, maternité.

La filiation a pour cause la génération, et elle est la source de la parenté.

Diverses sortes de filiation. — On distingue la filiation légitime, la filiation naturelle et la filiation adoptive.

La filiation légitime est celle qui résulte du mariage ; la filiation naturelle est celle qui existe en dehors du mariage, elle est dite adultérine ou incestueuse lorsqu'elle est entachée d'adultère ou d'inceste ; dans les autres cas, on l'appelle filiation naturelle simple.

La filiation naturelle peut être transformée en filiation légitime par une institution particulière, la légitimation.

Enfin la filiation adoptive n'est pas l'œuvre de la nature ; elle est le résultat d'un contrat solennel, l'adoption.

Conséquences juridiques de la filiation. — La filiation produit d'importantes conséquences juridiques :

Au point de vue successoral.

Au point de vue des empêchements au mariage.

Au point de vue des droits et des devoirs qui découlent de la puissance paternelle.

Au point de vue de l'obligation alimentaire.

Division du titre II. – Nous diviserons le titre II en trois chapitres :

Chapitre I[er]. De la filiation légitime.

Chapitre II. De la filiation naturelle.

Chapitre III. De la légitimation.

***CHAPITRE Ier. — DE LA FILIATION LÉGITIME.

Observations générales.

Définition. — La filiation légitime est le lien qui existe entre un enfant et les père et mère dont il est issu par le mariage.

Objet des chapitres I et II du titre paternité et filiation au Code civil. Le Code civil a consacré à cette matière les chapitres I et II du titre septième intitulé « de la paternité et de la filiation ». L'objet de ces deux chapitres n'est pas de déterminer quels sont les droits et quels sont les devoirs qui découlent de la filiation légitime ; en aucune façon. Ils ont pour but de régler les modes de preuve de la filiation légitime et d'organiser l'exercice des actions auxquelles elle peut donner lieu devant les tribunaux.

Dans la majorité des cas, en pratique, l'enfant légitime n'a pas besoin de faire la preuve de la filiation. Généralement. on jouit de son état véritable et on a un titre régulier qui le constate, et que nul d'ailleurs ne songe à contester.

Mais, à côté de cette situation. régulière et normale, qui forme le droit commun, il s'en rencontre d'autres, parfois exceptionnelles. où une personne se trouve jouir d'un état auquel elle n'a pas droit, ou à l'inverse, est privée en fait de l'état auquel elle peut prétendre légalement.

De semblables situations peuvent être le résultat de circonstances particulières, telles qu'un abandon, un enlèvement ou une substitution d'enfant. En pareil cas, à l'aide de quels moyens de preuve l'enfant pourra-t-il établir sa véritable situation ? C'est ce que les rédacteurs du Code ont décidé dans nos deux chapitres.

Réunion de faits à démontrer pour établir la filiation légitime. — Celui qui veut établir en justice qu'il est l'enfant légitime de tel homme et de telle femme doit prouver :

1° Que cette homme et cette femme sont mariés ensemble ;

2° Qu'il a été conçu, ou tout au moins qu'il est né, pendant le mariage de ces deux personnes ;

3° Que cette femme est accouchée et qu'il est bien l'enfant dont elle est accouchée.

4° Que le mari de cette femme est bien son père.

Différence importante entre la maternité et la paternité au point de vue de la preuve. — Une différence importante

doit être signalée, dès le début, entre la maternité et la paternité, au point de vue de la preuve.

La maternité est susceptible d'une preuve directe ; parce qu'elle se manifeste par un fait extérieur, l'accouchement, qui a toujours normalement des témoins : la sage-femme, le médecin, ou les proches parents qui assistent la mère au moment de sa délivrance.

Au contraire, aucune preuve directe n'est possible pour la paternité, dont l'œuvre est cachée au regard de tous, et demeure le secret de l'alcôve. Aussi, la loi a dispensé l'enfant de toute démonstration à cet égard, en établissant la présomption que le mari de la mère doit être considéré comme le père de l'enfant : *Pater is est quem justæ nuptiæ demonstrant.* Cette présomption (1) qui remonte au droit Romain, est rationnelle. D'une part, on doit présumer que la femme a observé scrupuleusement le devoir de fidélité envers son mari ; d'autre part, l'obligation de cohabiter avec lui, qui résulte du mariage, rend cette présomption tout à fait vraisemblable.

Opposition remarquable des règles de preuve de la filiation légitime et de la filiation naturelle. – Enfin, dans les observations générales et dès le début de cette étude, il faut mettre en relief l'opposition remarquable qui se dégage des textes du Code civil entre la filiation naturelle et la filiation légitime, au point de vue des règles de preuve.

En ce qui concerne la filiation légitime, la loi s'est montrée facile et accommodante ; cela se comprend. Il s'agit d'établir un fait normal, régulier, tout à fait honorable, au sujet duquel il y a peu d'abus à redouter.

La loi a admis trois moyens de preuve : l'acte de naissance, la possession d'état et la preuve testimoniale.

Il en est autrement, en ce qui concerne la filiation naturelle (1).

(1) Une autre idée a inspiré les rédacteurs du Code civil : c'est que la société n'a aucun intérêt à ce qu'une filiation naturelle soit établie, parce qu'il en résulte un déshonneur pour la personne de la mère et un scandale dans les familles. On a fait observer avec raison qu'il y avait un droit pour l'enfant à être reconnu et à invoquer les avantages juridiques de sa filiation, contre lequel les convenances des familles ou l'utilité sociale ne devaient pas prévaloir, et on a ajouté : « L'idée est néfaste, car ce point de vue qui a été celui de la loi, ne pourrait manquer, par suite de l'influence indéniable que la loi exerce sur les mœurs, de généraliser l'usage des lâches abandons. Il y a plus. Même au point de vue des mœurs, c'est une idée irréfléchie. Ce n'est pas en voilant l'inconduite, en lui assurant le bénéfice de l'oubli, qu'on l'évitera ; c'est en lui laissant la pleine responsabilité de ses suites ». Beudant, *op. cit.*, II. *Etat et capacité des personnes*, n° 483.

Cette filiation est un fait irrégulier, anormal, exceptionnel, qui, loin d'être honorable comme la filiation légitime, est la conséquence d'une faute. Des fraudes, des chantages sont à craindre ; la loi a bien fait de se montrer très circonspecte et très sévère dans les modes de preuve à employer. Elle a écarté, nous le verrons, l'acte de naissance et la possession d'état ; elle a considéré comme mode normal de preuve : l'aveu du père ou de la mère dans un acte de reconnaissance et subsidiairement la preuve testimoniale, subordonnée à certaines mesures de précaution.

Plan de l'étude de la filiation légitime. — Puisque les modes de preuve de la filiation légitime sont plus faciles que les modes de preuve de la filiation naturelle, la première chose que l'enfant doit établir, c'est que la filiation qu'il cherche à démontrer a bien le caractère d'une filiation légitime ; il faut donc qu'il prouve d'abord sa légitimité. Ce n'est qu'une fois cela fait, qu'il pourra prouver la maternité et la paternité de ceux dont il prétend être issu, en se servant des modes de preuve réservés à la filiation légitime.

Dès lors, nous diviserons le chapitre 1er en trois paragraphes :

§ 1. Comment se fait la preuve de la légitimité.

§ 2. De la preuve de la maternité et de la paternité.

§ 3. Des actions relatives à la filiation légitime.

§ 1. — Preuve de la légitimité.

Des éléments constitutifs de la légitimité. — En principe, l'enfant légitime est celui qui a été conçu *pendant* le mariage de ses père et mère.

Nous verrons cependant que le Code civil a admis un tempérament à ce principe, en considérant comme légitime l'enfant conçu avant le mariage et né après la célébration du mariage (1).

Deux faits à prouver. — L'enfant, qui se prétend légitime, doit donc prouver deux choses :

1° Le mariage de ceux dont il prétend être issu ;

(1) Il peut même arriver qu'un enfant soit légitime alors que sa conception et sa naissance se placent en dehors du mariage. C'est dans le cas suivant : il a été conçu avant le mariage de ses père et mère, ceux-ci se marient, et après le mariage, mais avant la naissance de l'enfant, le père meurt. L'enfant est considéré comme légitime. C'est ce qui a fait dire à un auteur que l'enfant légitime est celui dont les parents sont mariés, ou au moment de la conception, ou au moment de la naissance, ou à un moment quelconque de la grossesse. Beudant, I, n° 542.

2° Le fait de sa conception ou tout au moins de sa naissance pendant le mariage.

1re preuve à fournir : Preuve du mariage. Renvoi. — La première preuve à fournir est celle du mariage des père et mère présumés. Nous renvoyons à ce que nous avons dit plus haut.

2e preuve à fournir : Preuve que la conception ou tout au moins la naissance se place pendant le mariage. — *Preuve de la naissance.* La détermination de l'époque précise de la naissance est facile à faire d'une façon directe, soit à l'aide de l'acte de naissance, soit à l'aide du témoignage des personnes qui ont assisté à l'accouchement.

Preuve de la conception, preuve directe impossible. Présomption légale. — Il en est autrement de la conception dont l'œuvre est secrète ; on ne peut démontrer d'une façon précise à quel moment elle s'est produite. Pour tourner la difficulté, le législateur a fixé les limites de la gestation la plus longue à 300 jours ou dix mois, et celles de la gestation la plus courte à 180 jours, ou six mois (art. 312, C. civ.) (1). Dès lors, la conception d'un enfant peut se placer, au plus tôt le 300e jour, et au plus tard le 180e jour avant sa naissance, à un moment quelconque du délai de 120 jours qui s'écoule entre ces deux points extrêmes. Dès lors, si pendant ce délai, le mariage des père et mère présumés a existé, l'enfant a été conçu au cours du mariage ; il est légitime.

En remontant ainsi, du jour de la naissance en arrière, pour retrouver le jour de la conception, on peut aboutir à deux autres hypothèses : la conception est antérieure au mariage, lorsque la naissance a eu lieu moins de 180 jours depuis le mariage ; la conception est postérieure au mariage lorsque la naissance a eu lieu plus de 300 jours après la dissolution du mariage.

Nous étudierons ces deux situations plus loin.

Examen d'une difficulté relative à la computation du délai. — Comment faut-il compter ces délais de 180 jours et de 300 jours ?

(1) Ces bases ont été adoptées à la suite d'un rapport fait en 1803 par un savant de l'époque, Fourcroy. Il avait fourni comme données précises : 186 jours et 286 jours ; on arrondit les chiffres pour la commodité des calculs. Aujourd'hui la moyenne des gestations paraît être de 270 jours. Notons que la solution du Code civil était déjà celle du droit Romain (L. 12, D. I, 5, L. 3, §§ 11 et 12, *de suis et legit.*, XXXVIII, 16). Dans notre ancien droit, la question était laissée à l'appréciation des juges ; c'était l'arbitraire le plus complet. Le Code civil allemand fixe les limites de la gestation la plus longue à 302 jours et la plus courte à 181 jours (art. 159).

D'après l'opinion commune, consacrée par la Cour de cassation dans un arrêt célèbre du 8 février 1869 (1), il faut appliquer les règles suivies pour la computation des délais en matière de prescription (art. 2260) ; on doit compter par jour de vingt-quatre heures, de minuit à minuit, et le point de départ du délai, ou *dies a quo*, n'entre pas en ligne de compte.

Ainsi dans le cas de la grossesse la plus courte, le délai de 180 jours doit être compté à partir du lendemain de la célébration du mariage ; et dans le cas de la grossesse la plus longue, le délai de 300 jours doit être calculé à partir du lendemain de la dissolution du mariage.

Ce mode de computation soulève l'objection suivante : on exclut du délai de 180 jours le jour même de la célébration du mariage, et cependant. ce jour-là, la conception de l'enfant a pu avoir lieu. De même, on exclut du délai de 300 jours le jour de la dissolution du mariage, et cependant, ce jour-là ne peut se placer la conception de l'enfant.

Il paraît plus rationnel de compter le délai de *horâ ad horam*, c'est-à-dire à partir de l'instant même de la célébration du mariage ou de sa dissolution jusqu'au jour de la naissance (2).

D'ailleurs cette manière de voir trouve un appui dans les textes du Code Ainsi, l'article 314 dit : « l'enfant né avant le cent quatre-vingtième jour *du mariage* » : de même l'article 315 porte : « l'enfant né trois cents jours après *la dissolution du* mariage », la loi ne dit pas à partir du jour du mariage, ni à partir du jour de la dissolution du mariage.

Du cas particulier de l'enfant né moins de cent quatre-vingts jours depuis la célébration du mariage. Cas de naissance précoce. — *Assimilation à l'enfant légitime.* — Lorsqu'un enfant naît moins de cent quatre-vingts jours depuis la célébration du mariage, sa conception se place avant le mariage, d'après les calculs précédemment indiqués. Cet enfant, conçu en dehors du mariage. devrait être illégitime. Nous avons constaté déjà que la loi lui avait accordé le bénéfice de la légitimité. Il pourra donc se prévaloir de la présomption « *pater is est quem nuptiae demons-*

(1) Dans l'espèce, le mari était mort le 19 mars 1866 à deux heures du matin ; sa veuve accoucha le 13 janvier 1867 à huit heures et demie du matin, soit trois cent fois vingt-quatre heures plus six heures et demie après la mort du mari. La Cour d'Angers avait déclaré que l'enfant était illégitime ; son arrêt fut cassé par la Cour de cassation.

(2) Dans ce sens, Baudry-Lacantinerie, I, n° 818.

trant ». Cette solution est tout à fait rationnelle et équitable. Dans la grande majorité des cas, l'homme aura eu connaissance, avant le mariage, de la grossesse de la femme, et c'est pour réparer sa faute et régulariser sa situation qu'il l'épousera. Cependant, comme la certitude est moins grande que dans le cas où la conception se place pendant le mariage, nous verrons que le père a une plus grande facilité pour désavouer l'enfant et que son désaveu est péremptoire.

Comment expliquer cette solution? — Pour expliquer la solution donnée par le Code à l'égard de l'enfant conçu avant le mariage deux systèmes sont proposés.

1er système (1). — L'enfant conçu avant le mariage est un enfant légitime d'origine. En effet, la loi considère comme tel tout enfant dont les parents ont été mariés, soit au moment de la conception, soit au moment de la naissance, soit à un moment quelconque de la gestation.

La seule différence qui sépare cet enfant de celui qui a été conçu pendant le mariage, c'est que sa légitimité est plus fragile et peut tomber plus facilement par l'action en désaveu.

2e système (2). — L'enfant conçu avant le mariage bénéficie des avantages de la légitimité en vertu d'une fiction de légitimation. C'est un enfant légitimé et non un enfant légitime proprement dit. S'il fût né avant le mariage, il eût été naturel, mais il aurait été légitimé par le mariage subséquent de ses père et mère. C'est un résultat analogue que la loi a consacré en le considérant comme légitime.

C'est cette solution qui est généralement admise.

Intérêt de la question précédente. — La question précédente offre un intérêt pratique considérable notamment aux deux points de vue suivants:

1° Un homme veuf se remarie peu de temps, un mois par exemple, après la mort de sa première femme, celle qu'il épouse est enceinte et met au monde un enfant peu après la célébration du mariage, un mois après, par exemple. La conception de cet enfant se place à coup sûr avant le mariage et à un moment où le père était encore marié à une autre femme; cet enfant est adultérin. Or, nous verrons plus loin que la légitimation de l'enfant adultérin est prohibée par la loi. Dès lors, si on rattache à une fiction de légitimation la condition d'enfant légitime reconnue

(1) Dans ce sens, Beudant, I, nos 534 et suivants.
(2) Dans ce sens, Baudry-Lacantinerie. I, n° 834; Planiol, I, n° 2313.

par la loi à l'enfant conçu avant le mariage, cette fiction ne pourra pas recevoir son application dans notre hypothèse. C'est ce qu'a décidé la Cour de cassation (1).

La solution contraire est admise par les partisans du premier système.

2° Deux personnes entre lesquelles existe un lien de parenté mettant obstacle au mariage se marient avec une dispense ; et la femme met au monde un enfant deux mois après la célébration. La conception remonte donc avant le mariage, à un moment où le père et la mère n'auraient pas pu se marier en raison de leur degré de parenté ; c'est donc une filiation incestueuse.

Or, la légitimation des enfants incestueux est interdite comme celle des enfants adultérins. Dès lors, si on considère que l'enfant conçu avant le mariage est un enfant légitime, on ne pourra pas le faire bénéficier de la disposition de l'article 314 ; il doit être considéré comme enfant naturel. La jurisprudence a reculé devant cette conclusion tout à fait logique ; faisant produire à la dispense des effets rétroactifs jusqu'au jour de la conception, elle accorde à l'enfant les avantages de la légitimité.

Du cas particulier de l'enfant né plus de trois cents jours depuis la dissolution du mariage. — L'enfant, qui naît plus de 300 jours après la dissolution du mariage de ses parents, a été certainement conçu en dehors du mariage. La loi devrait donc le déclarer illégitime (2). Au lieu de cela elle se borne à dire que sa légitimité pourrait être contestée (art. 315). Il en résulte donc que, provisoirement au moins, et tant qu'aucune contestation ne sera pas élevée à ce sujet, l'enfant aura le titre et les avantages d'enfant légitime. Il peut en résulter une situation étrange si l'enfant est né très longtemps après la mort de son père, cinq ans ou dix ans après, par exemple.

§ 2. — Des moyens de preuve de la maternité et de la paternité légitimes.

Enumération. — Lorsque l'enfant a démontré sa légitimité en prouvant que l'homme et la femme dont il se prétend issu

(1) 28 juin 1869, D. 69.1.335, S. 69.1.446.

(2) Le Tribunat avait proposé un article ainsi conçu : « La loi ne reconnaît pas la légitimité de l'enfant né 301 jours après la dissolution du mariage. » Le Conseil d'Etat s'y opposa jugeant inutile d'enlever à l'enfant le bénéfice de la légitimité tant qu'elle ne portait ombrage à personne.

sont mariés et qu'il a été conçu, ou tout au moins qu'il est né pendant leur mariage, alors seulement il sera admis à faire la preuve de sa filiation par les moyens que la loi a organisés pour la filiation légitime.

Ces moyens sont au nombre de trois (art. 319 à 325) :

L'acte de naissance.

La possession d'état.

Et la preuve testimoniale.

Nous allons étudier chacun d'eux successivement.

I. — **L'acte de naissance.** — L'article 319 porte que la filiation des enfants légitimes se prouve par les actes de naissance inscrits sur les registres de l'état civil. C'est le mode normal de preuve de la filiation légitime. Cela demande une explication.

En somme, l'acte de naissance par lui-même, ne prouve qu'une chose, la naissance de l'enfant. Il ne peut servir à établir l'accouchement de la mère qu'en raison de l'indication du nom de la mère faite par l'officier de l'état civil dans l'acte, d'après la déclaration du père ou de l'une des personnes qui ont assisté à l'accouchement. En ce qui concerne l'enfant légitime, la loi ajoute foi à cette déclaration, elle la tient pour véridique parce que la fraude et le mensonge sont peu vraisemblables en pareil cas. « La régularité de la situation des père et mère fait que tout se passe au grand jour, sans dissimulation ; c'est une situation qui se respecte et qu'on respecte ».

L'acte de naissance prouve donc l'accouchement de la mère ; si, d'autre part, l'identité de l'enfant avec celui dont la mère est accouchée est établi (1), ou n'est pas contestée, la maternité est démontrée.

Du même coup, la mère étant mariée, la filiation se trouve prouvée à l'égard du père, par l'application de la règle « *pater is est quem nuptiæ demonstrant* (2). »

L'acte de naissance prouve donc directement la maternité, indirectement et par voie de conséquence, la paternité.

II. — **La possession d'état.**— *Définition.— Éléments constitutifs.* — A défaut d'acte de naissance (3), la possession d'état

(1) Beudant, *op. cit.*, n° 479.

(2) La paternité serait ainsi démontrée même si, par erreur, le nom de la mère seule était indiqué dans l'acte de naissance, et même si l'enfant était déclaré comme né de père et mère inconnus.

(3) Cela peut résulter d'une des circonstances suivantes : l'acte de naissance n'a pas été rédigé, ou bien l'enfant ne peut pas le produire parce

d'enfant légitime suffit, dit l'article 320. On entend par là une réunion de faits qui indiquent le rapport de filiation et de parenté entre un individu et la famille à laquelle il prétend appartenir.

Les principaux de ces faits sont les suivants :

L'individu a toujours porté le nom du père auquel il prétend appartenir. Ce dernier l'a traité comme son enfant et a pourvu, en cette qualité, à son éducation à son entretien et à son établissement. Il a été reconnu constamment comme tel dans la société ; il a été reconnu pour tel par la famille (art. 321).

Tous ces éléments se réduisent en somme à trois, *nomen*, *tractatus*, *fama*.

Caractères que doit avoir la possession d'état. — La possession d'état doit être indivisible, constante, et sans intermittence.

Elle doit être indivisible ; c'est-à-dire exister également à l'égard du père et de la mère Car, si elle n'existait que par rapport à l'un d'eux et non vis à-vis de l autre, il y aurait possession d'état d'enfant naturel et non d'enfant légitime.

Elle doit être constante, c'est-à-dire certaine, avérée, à l'abri de toute contestation.

Enfin, elle ne doit présenter aucune intermittence. Depuis sa naissance jusqu'au moment de l'instance, l'enfant a dû jouir de la possession d'état dont il se prévaut.

Preuve de la possession d'état. — Puisque la possession d'état doit être constante, il n'y a pas besoin de faire en justice la preuve que ses éléments constitutifs existent. Seulement, en cas de contestation à cet égard, l'enfant sera admis à prouver par témoins (1), soit la notoriété de ses éléments, soit leur permanence.

Corrélation de l'acte de naissance et de la possession d'état. — *Plusieurs hypothèses à distinguer.* — En ce qui concerne la corrélation de l'acte de naissance et de la possession d'état, plusieurs hypothèses doivent être distinguées :

1er *cas* : *L'enfant a un acte de naissance et une possession d'état conformes.* — En pareil cas, l'état de l'enfant est établi d'une façon irréfragable. Il ne peut y avoir, ni réclamation d'état de sa part, ni contestation d'état de la part d'un tiers (art. 322, C. civ.). Pour qu'il en soit ainsi, il faut évidemment qu'il n'y ait aucune

qu'il ignore le lieu de sa naissance ; ou bien l'acte de naissance porte que l'enfant est né d'une mère inconnue etc.

(1) Elle peut être établie par témoins sans commencement de preuve par écrit ; le commencement de preuve par écrit n'étant exigé par la loi dans l'article 323 qu'à défaut de titre.

contestation, ni sur le titre de l'enfant, ni sur la possession d'état. L'article 322 n'empêche pas en effet les personnes intéressées de prétendre que l'acte de naissance ne concerne pas l'enfant qui s'en prévaut, ou bien que la possession d'état n'existe pas ; ou bien que l'acte de naissance a été falsifié après coup, pour le rendre conforme à la possession d'état.

Mais quand on ne met pas en doute l'identité de l'enfant, ni sa possession d'état, son état d'enfant légitime ne peut être l'objet d'aucun litige (1).

Cette solution est rationnelle ; la coexistence du titre et de la possession d'état fait présumer que la situation de l'enfant est régulière ; il ne fallait pas, dans l'intérêt de la paix des familles, qu'on pût chercher à l'ébranler.

2e *cas : Possession d'état sans titre.* — Comme nous l'avons vu plus haut, la possession d'état prouve la maternité d'une façon complète ainsi que la paternité. Mais ici la situation de l'enfant est établie d'une façon moins certaine et moins solide que tout à l'heure. Les personnes intéressées pourront contester à l'enfant l'état dont il a la jouissance en fait, en invoquant tous les faits qui sont de nature à faire triompher leur contestation, par exemple en démontrant que les père et mère prétendus n'ont jamais eu d'enfant, ou que leur enfant est décédé. Inversement, l'enfant pourra réclamer en justice un autre état que celui qu'il possède en fait.

3e *cas : Titre sans possession d'état.* — Il peut se faire que l'enfant ait un acte de naissance, mais qu'il ne jouisse pas, en fait, de l'état que lui reconnaît ce titre (2). L'acte de naissance fait preuve de la filiation, comme nous l'avons dit plus haut ; mais la situation de l'enfant n'est pas inébranlable ; il peut y avoir réclamation d'état de sa part ou contestation d'état de la part des tiers intéressés.

4e *cas : Titre et possession d'état contraires.* — Il faut supposer, pour cela, des circonstances exceptionnelles : un enfant a été abandonné par les père et mère et élevé par d'autres personnes auprès desquelles il a joui de la possession d'état d'enfant légitime. En cas de contestation, soit de la part de l'enfant lui-même, soit de la

(1) Ainsi on ne pourrait pas démontrer que les parents, que lui attribuent l'acte de naissance et la possession d'état, n'ont pas eu d'enfant ou que leur enfant est décédé.

(2) Par exemple, en cas d'abandon d'un enfant légitime par ses père et mère.

part des personnes intéressées, il faudrait accorder le pas au titre sur la possession d'état, pourvu que l'identité de l'enfant avec celui que l'acte de naissance concerne ne soit pas contestée.

III. — La preuve testimoniale. — *Faits à établir.* — A défaut de titre et de possession d'état, la preuve de la filiation pourra se faire par témoins (art. 323).

Les faits à établir par témoins sont au nombre de deux : l'accouchement de la femme, que l'enfant dit être sa mère, et son identité avec l'enfant dont elle est accouchée.

Ces faits étant prouvés, la maternité est établie ; quant à la paternité, elle se trouve prouvée en même temps, grâce à la présomption *pater is est quem nuptiæ demonstrant.*

Condition de recevabilité de la preuve par témoins. — Bien qu'il s'agisse d'établir un fait matériel. et non un fait juridique, la loi n'a pas autorisé *de plano* l'emploi de la preuve testimoniale. La loi a redouté avec raison les incertitudes et les dangers de ce moyen de preuve : et très sagement, elle a subordonné son admission à l'existence d'un commencement de preuve par écrit ou d'indices, ou de présomptions graves.

D'abord d'un commencement de preuve par écrit. De droit commun, on entend par là tout écrit, émanant de la partie adverse, qui rend vraisemblable la prétention du demandeur (art. 1347).

En matière de filiation, la loi a entendu le commencement de preuve par écrit d'une façon plus large. Ce sont des titres de famille, des registres et papiers domestiques du père ou de la mère, des actes publics et même privés émanés d'une partie engagée dans la contestation, ou qui y aurait intérêt si elle était vivante (art. 324 C. civ.).

Quant aux indices ou présomptions, ce sont des circonstances de fait qui sont de nature à rendre vraisemblable la prétention de l'enfant. C'est par exemple : la ressemblance, la couleur de la peau, les circonstances de lieu ou de temps où un enfant trouvé a été découvert, les vêtements dont il était revêtu, etc. Ces indices ne peuvent être pris en considération que quand ils résultent « de faits dès lors constants », dit l'article 323, c'est-à-dire démontrés, établis, sans qu'une enquête soit nécessaire à cet effet.

Moyen de combattre la preuve testimoniale. — Lorsque la maternité est établie par la preuve testimoniale, le père n'a pas besoin, pour faire tomber la présomption « *pater is est...* », de recourir à l'exercice de l'action en désaveu que nous expliquerons

plus tard. La loi déclare que la preuve contraire pourra se faire par tous les moyens propres à établir que le réclamant n'est pas l'enfant de la mère qu'il prétend avoir, ou même, la maternité prouvée, qu'il n'est pas l'enfant du mari de la mère (art. 325).

La loi ne limite pas, comme dans le désaveu ordinaire, les causes du désaveu de paternité ; elle laisse au tribunal plein pouvoir pour apprécier tous ceux que le mari pourra invoquer.

Cette solution s'explique ; l'enfant est dans une situation tout à fait anormale, en tous points irrégulière ; il n'a ni titre, ni possession d'état.

Les raisons qui servent de fondement à la présomption « *pater is est* » perdent beaucoup de leur force. « Les circonstances rendent la légitimité suspecte et la paternité du mari douteuse (1) ».

§ 3. — Des actions relatives à la filiation légitime.

Enumération. — La filiation légitime peut donner lieu aux différentes actions suivantes :

L'action en contestation de légitimité ;

L'action en désaveu de paternité ;

L'action en réclamation d'état ;

Et l'action en contestation d'état.

Nous allons les étudier successivement.

a) *Action en contestation de légitimité.*

Définition. — L'action en contestation de légitimité est celle qui a pour but d'établir que tel enfant n'a pas droit à la qualité et aux droits d'un enfant légitime.

Cas d'exercice de cette action. — Cette action peut être exercée dans les cas suivants :

1° Un enfant est né plus de 300 jours depuis la dissolution du mariage de ses père et mère (art. 315, C. civ.).

2° On prétend que les père et mère de l'enfant n'étaient pas mariés.

3° L'enfant est né avant le mariage de ses père et mère.

A qui appartient l'exercice de l'action ? — L'action en contestation de légitimité peut être exercée par toute personne intéressée.

(1) Beudant, I, *op. cit.*, n° 553.

Notamment, elle peut être intentée, pour exclure l'enfant d'une succession par ceux qui ont droit à cette succession.

Pouvoirs du tribunal. — Cette question se pose notamment dans le cas des naissances tardives. Le tribunal pourrait-il, en raison des circonstances de fait, écarter la contestation de légitimité à l'égard d'un enfant, né plus de 300 jours, après la dissolution du mariage? La solution négative s'impose. Les règles sur la durée de la grossesse la plus longue et la plus courte ont été établies précisément dans le but d'enlever aux tribunaux tout pouvoir d'appréciation.

***b) *Action en désaveu de paternité.*

Définition. — L'action en désaveu de paternité est une action par laquelle un mari veut faire reconnaître par les tribunaux qu'il n'est pas le père de l enfant dont sa femme est accouchée. Elle tend à faire tomber la présomption *pater is est quem nuptiæ demonstrant.*

Sa raison d'être. — Cette présomption, vraie dans la majorité des cas, peut parfois se trouver en défaut ; la femme a pu méconnaître le devoir de fidélité qui lui incombe. Il fallait donner au mari un moyen pour ne pas subir une paternité qui était contredite par la réalité des faits. Mais, tout en sauvegardant les intérêts du mari, il y avait lieu de ménager l'honneur de la femme et le repos de la famille, en ne permettant pas, pour des motifs futiles et à la légère, l'exercice de l'action en désaveu.

C'est ce qu'ont fait les rédacteurs du Code en réglementant d'une façon limitative : les cas dans lesquels cette action peut être intentée, les personnes qui peuvent l'exercer, et le délai dans lequel elle est recevable.

Nous étudierons ces différents points et nous terminerons en faisant connaître les effets de désaveu.

I. — Des causes de désaveu de paternité — *Des quatre cas de désaveu.* — La loi a permis le désaveu de paternité dans quatre cas seulement qui sont :

1° L'impossibilité physique de cohabiter ;

2° Le recel de la naissance de l'enfant ;

3° La naissance précoce de l'enfant avant le 180e jour depuis le mariage ;

4° L'existence d'une instance de divorce ou de séparation de corps.

Leurs différences. — Il faut indiquer, dès le début, la différence qui existe entre ces causes de désaveu : les deux dernières sont dites *péremptoires* ; les deux premières, au contraire, n'ont pas le caractère péremptoire ; elles laissent place à la libre appréciation du tribunal, qui, suivant les circonstances, et d'après la vraisemblance des faits, peut accepter ou rejeter la demande du mari.

Cette différence de solution se justifie par la différence des situations. Dans les deux premiers cas la conception de l'enfant a eu lieu, à un moment où la femme était tenue de cohabiter avec son mari ; la présomption *pater is est...* est dans toute sa force ; la seule dénégation du mari ne pourrait suffire à l'ébranler ; dans les deux autres cas, au contraire, la conception de l'enfant se place à un moment où l'obligation de cohabiter n'existe pas encore, ou a cessé d'exister pour les époux ; la présomption *pater is est...* ne repose pas sur des bases aussi solides que tout à l'heure ; la seule protestation du mari doit suffire à la faire écarter.

1° Impossibilité physique de cohabiter. — La première cause de désaveu est l'impossibilité physique de cohabiter. Le mari doit établir que cette impossibilité a duré tout le temps pendant lequel la conception de l'enfant a eu lieu, c'est à-dire depuis le trois centième jour jusqu'au cent quatre-vingtième jour avant la naissance de l'enfant (art. 312, C. civ.).

De quoi peut résulter cette impossibilité ? La loi dit : de l'éloignement ou d'un accident.

De l'éloignement : par exemple, le mari était en voyage ; c'est un marin qui naviguait, c'est un militaire qui faisait la guerre en Chine ou à Madagascar, ou un explorateur qui visitait l'Afrique centrale, pendant la période de la conception de l'enfant ; ou bien le mari était en prison , il habitait le Havre, alors que sa femme était à Marseille, et il n'y a eu aucun rapprochement des époux à l'époque de la conception.

D'un accident : par exemple, une blessure ou une opération chirurgicale rendait impossible tout rapprochement. Mais l'impuissance naturelle, résultant d'un vice interne de constitution ou de la faiblesse ou de la maladie, ne serait pas suffisante, parce qu'on ne peut en rapporter la preuve en justice (art. 313, C.civ.).

2° Recel de la naissance de l'enfant (1). — La seconde

(1) Certains auteurs appellent cette cause de désaveu *l'impossibilité morale* de cohabiter. Aubry et Rau, VI, n° 545.

cause de désaveu est indiquée par l'article 313, 1er alinéa. Cette disposition de la loi a donné lieu à deux interprétations différentes :

Dans un premier système (1), on soutient que trois conditions devraient être réunies pour le désaveu de paternité.

1° Il faudrait d'abord démontrer l'adultère de la femme ; cette preuve seule rend possible la non-paternité du mari ; mais, comme elle ne l'exclut pas d'une façon absolue, elle n'est pas suffisante pour le désaveu.

2° Il faut qu'il y ait eu recel de la naissance de l'enfant ; cette circonstance rend vraisemblable la non-paternité du mari.

3° Enfin, pour rendre cette non-paternité certaine à l'esprit des juges, il faut produire des faits propres à détruire complètement la présomption *pater is est*,... que l'adultère et le recel de l'enfant sont seulement de nature à ébranler ; comme, le grand âge du mari, son mauvais état de santé, la mésintelligence persistante entre époux, une répugnance avérée du mari pour sa femme, etc.

Dans un second système, suivi par la jurisprudence (2) et adopté par de nombreux auteurs (3), il suffirait, pour réussir dans le désaveu de paternité :

1° D'établir le recel de la naissance de l'enfant ;

2° De rapporter tous les faits propres à justifier que le mari n'est pas le père de l'enfant.

Quant à l'adultère de la femme, il ne serait pas nécessaire d'en faire la preuve d'une façon distincte ; la démonstration de l'adultère résultera de la preuve qui sera faite que le mari de la mère n'est pas le père de l'enfant.

Les deux systèmes diffèrent donc en ceci : c'est que les partisans du premier système concluent de l'adultère au désaveu, tandis que ceux qui admettent le second système concluent du désaveu à l'adultère.

Points certains. — Les uns et les autres sont cependant d'accord sur les points suivants :

a) La preuve de l'adultère de la femme ne suffit pas à elle seule pour justifier le désaveu ; malgré cela, la non-paternité du mari n'est pas certaine s'il a eu des relations avec sa femme à l'époque de la conception de l'enfant.

(1) Dans ce sens, Beudant, I, nos 543 et suivants.
(2) Cass., 31 juillet 1866, S. 66.1.417.
(3) Dans ce sens, Planiol, I, nos 2174 et suivants.

b) Le « recel de la naissance » ne s'entend pas seulement du fait d'avoir caché au mari l'accouchement, mais de toute mesure prise par la femme pour laisser ignorer à son mari son état de grossesse, quand même elle n'y serait pas parvenue en fait. La loi voit dans cette attitude de la femme un aveu de la non-paternité du mari (1).

c) Les juges du fait apprécient souverainement les faits propres à justifier que le mari de la mère n'est pas le père de l'enfant.

3° Naissance précoce de l'enfant avant le 180e jour depuis la célébration du mariage. — *Désaveu péremptoire*. — Nous avons dit que l'enfant né moins de 180 jours depuis la célébration du mariage était légitime, par une décision de faveur de la loi, mais que cette légitimité était fragile. Il suffit que le mari de la mère désavoue l'enfant pour que le tribunal soit dans l'obligation de faire droit à sa demande. Le mari n'a qu'une preuve à fournir, c'est le fait même de la naissance précoce ; simple question de rapprochement de date. On dit que le désaveu, dans ce cas, est péremptoire (2).

Solution rationnelle. — La présomption « *pater is est* » n'a pas de base solide, en notre espèce, puisque la conception de l'enfant se place à un moment où il n'y avait pas obligation pour la femme de cohabiter avec son mari, ni devoir de fidélité pour elle.

Cependant, le droit de désavouer l'enfant cesse dans les trois cas suivants (art. 314, C. civ.) :

a) Lorsque le mari a eu connaissance de la grossesse avant le mariage.

Avec raison, la loi considère que c'est pour réparer sa faute qu'il s'est marié. Son mariage est donc un aveu de paternité.

b) Lorsqu'il a assisté à l'acte de naissance et si cet acte est signé de lui, ou contient sa déclaration qu'il ne sait signer.

La loi voit encore dans ce fait une reconnaissance formelle de la part du mari.

c) Lorsque l'enfant n'est pas né viable.

Dans ce cas, c'est comme si l'enfant n'avait pas existé : l'action

(1) Il est à noter cependant que le simple aveu de la femme ne suffit pas pour faire admettre le désaveu de paternité. Cet aveu peut être fait par la femme dans un accès de colère et pour outrager son mari, ou bien pour rester maîtresse de l'enfant et empêcher le mari de le lui enlever.

(2) Cette solution résulte *à contrario* de l'article 314 qui prive le mari de la faculté du désaveu dans trois cas.

en désaveu serait un scandale inutile que la loi a préféré éviter (1). D'ailleurs, l'état physiologique de l'enfant peut expliquer sa naissance précoce et laisser supposer que sa conception a bien eu lieu pendant le mariage.

4° Existence d'une instance en divorce ou en séparation de corps. — *Cas de désaveu péremptoire.* — Le 4° cas de désaveu a été introduit par la loi du 6 décembre 1850 (2) et il a été étendu au divorce par la loi du 27 juillet 1884, modifiée dans la forme par la loi du 18 avril 1886. Cette réforme a trouvé place dans le dernier alinéa de l'article 313.

Aux termes de cet article, en cas de jugement, ou même de demande, soit de divorce, soit de séparation de corps, le mari peut désavouer l'enfant né trois cents jours après la décision qui a autorisé la femme à avoir une résidence séparée, et moins de cent quatre-vingts jours depuis le rejet définitif de la demande ou depuis la réconciliation.

Cela revient à dire que, dans le cas d'une instance en divorce ou en séparation de corps, le désaveu sera possible, du moment que d'après le calcul des délais établis par la loi, la conception se placera à un moment où la cohabitation des époux a cessé.

D'après l'opinion générale, des auteurs et de la jurisprudence, c'est un cas péremptoire de désaveu. On ne peut y faire échec, dit l'article 313, qu'en démontrant qu'il y a eu réunion de fait des époux.

Il est remarquable que la loi ait ainsi permis d'attaquer la présomption *pater is est* d'une façon aussi énergique, alors que la conception de l'enfant se place à un moment où la femme est encore tenue au devoir de fidélité envers son mari.

II. — A qui appartient l'action en désaveu de paternité ? — *Principe : l'action n'appartient qu'au mari.* — En principe, l'action en désaveu n'appartient qu'au mari ; de son vivant, lui

(1) Pour ce motif il convient d'étendre cette fin de non-recevoir à tous les cas de désaveu bien que la loi n'en ait parlé que dans l'hypothèse de naissance précoce.

(2) Cette cause de désaveu n'était pas admise par le Code civil. Il en résultait qu'une femme séparée de corps judiciairement, qui vivait dans la même localité que son mari, pouvait imposer à ce dernier la paternité des enfants qu'elle avait eu avec ses amants, sans que le mari pût exercer l'action en désaveu, pourvu qu'elle ne lui laissât pas ignorer la naissance de ces enfants. C'est ainsi qu'en 1850 un mari se vit attribuer la paternité légitime de six enfants, sans pouvoir l'éviter. Ce fut la cause de la réforme. Beudant, I, n° 546.

seul peut l'exercer ; il est seul bien placé pour apprécier si le désaveu est fondé ou s'il ne l'est pas. Et entre ses mains, l'exercice de cette action présente un caractère purement moral. On en a conclu que c'était là un de ces droits exclusivement attachés à la personne que les créanciers, par voie d'action oblique, ne peuvent pas faire valoir, au nom de leur débiteur, par application de l'article 1166 du Code civil (1).

Exception : l'action peut être exercée par les héritiers. — Bien que l'action en désaveu soit personnelle au mari, la loi a autorisé les héritiers à l'intenter dans trois cas :

a) Lorsque l'instance a été commencée par le mari avant sa mort, pourvu qu'il n'y ait pas péremption d'instance (2).

b) Lorsque le mari est mort, étant dans le délai pour exercer l'action et n'y ayant pas renoncé (art. 317, C. civ.).

c) Lorsque l'enfant est né après la mort du mari ; parce que le désaveu ne peut être intenté tant que l'enfant est simplement conçu.

Entre les mains des héritiers (3), l'action en désaveu change de caractère. Elle a un caractère purement pécuniaire ; elle tend à priver l'enfant, qui forme l'objet du désaveu, de tout droit à la succession du défunt. Aussi, les créanciers peuvent l'intenter par voie d'action oblique, en vertu de l'article 1166, si les héritiers négligeaient de le faire eux-mêmes.

III. — Délai pour l'exercice de l'action en désaveu. — *Pour le mari.* — Le mari a un mois ou deux mois suivant les cas (art. 316) :

Un mois à partir de la naissance, s'il se trouve sur les lieux de la naissance de l'enfant et si la naissance ne lui est pas cachée.

Deux mois après son retour, s'il n'était pas présent au moment de la naissance ;

Deux mois après la découverte de la fraude, si on lui avait caché la naissance de l'enfant.

La loi a imparti un délai très court au mari, estimant qu'il y avait avantage à tous les points de vue, et notamment pour les

(1) Certains auteurs en ont conclu que le tuteur ne pouvait pas l'exercer au nom du mineur ou de l'interdit judiciaire. Mais l'opinion contraire est admise par la jurisprudence (Cass., 24 juillet 1844, D. 44.1.424) et par la plupart des auteurs. Beudant, I, nº 557 ; Planiol, I, nº 2159.

(2) Une instance est périmée lorsqu'on est resté trois ans sans faire d'acte de procédure (Voir notre *Manuel de procédure civile*, p. 254).

(3) Le mot héritiers doit être pris dans son sens le plus large ; il s'entend de tous ceux qui recueillent le patrimoine du défunt à un titre quelconque.

preuves à recueillir, à ce que cette question fût résolue sans retard.

Pour les héritiers. — Les héritiers ont toujours deux mois pour agir ; et pour bien marquer le caractère purement pécuniaire de leur action, la loi fait courir le délai, non du décès du mari, mais du jour où l'enfant se sera mis en possession des biens du défunt, ou du jour où les héritiers seraient troublés par l'enfant dans cette possession (art. 317, C. civ.).

Moyen de prolonger d'un mois le délai. — La loi donne au mari et à ses héritiers un moyen d'allonger d'un mois le délai ci-dessus indiqué. Ce moyen consiste à notifier à l'enfant le dernier jour du délai un acte extrajudiciaire contenant le désaveu et exprimant la volonté d'agir en justice ; cet acte peut être un acte notarié, un acte d'huissier, ou même un acte sous seing privé ayant date certaine. L'action pourra être valablement intentée dans le mois de cet acte (art. 318).

IV. — Contre qui est exercée l'action en désaveu. — L'action en désaveu est exercée contre l'enfant et non contre la mère. C'est l'enfant qui est défendeur au procès.

Mais, comme la mère est intéressée directement à la question et que ce sont ses actes qui seront discutés, la loi veut qu'elle soit présente à l'instance (art. 318, C. civ.).

La plupart du temps, pour ne pas dire toujours, en raison des délais dans lesquels l'action est enfermée, l'enfant sera mineur lorsqu'elle sera intentée. Aussi la loi exige qu'il soit représenté en justice par un tuteur *ad hoc*, c'est-à-dire spécialement nommé à cet effet.

Qui désignera ce tuteur *ad hoc* ? silence du Code, d'où controverse.

D'après la majorité des auteurs et la jurisprudence (1), c'est le conseil de famille qui le nomme ; parce que c'est la règle ordinaire et que la loi n'y a pas dérogé en notre matière.

D'après quelques auteurs, c'est le tribunal qui doit faire cette désignation en chambre du conseil. Le conseil de famille doit être écarté dit-on, parce qu'étant composé des parents du mari il sera défavorable aux intérêts de l'enfant. C'est cette dernière solution qui est suivie dans la pratique à Paris (2).

V. — Résultats de l'action en désaveu. — L'action en désaveu, quand elle réussit, produit dans tous les cas un double résultat :

(1) Dans ce sens, Cass., 14 février 1854, D. 54.1.89.
(2) Dans ce sens, Beudant, I, nº 562.

1° Elle prive l'enfant du bénéfice de la légitimité et de tout lien de filiation à l'égard du mari de sa mère ;

2° Elle établit la filiation naturelle de l'enfant à l'égard de la mère.

Et, sauf dans un cas, cette filiation est adultérine ; et cela se trouve officiellement constaté par le jugement, malgré la prohibition de l'article 342 du Code civil que nous étudierons plus loin.

Dans un cas seulement, c'est une filiation naturelle simple, qui est constatée par le jugement qui accueille l'action en désaveu du mari ; c'est dans le cas de naissance précoce, puisque la conception est antérieure au mariage.

Autorité de chose jugée absolue. — Ainsi que nous l'avons constaté plus haut (1), le jugement qui statue sur le désaveu de paternité a une autorité de chose jugée absolue. Ce qui est jugé contre le mari ou contre ses héritiers est jugé à l'égard de tout le monde : puisque l'exercice de l'action est concentré entre leurs mains et qu'ils sont comme les contradicteurs légitimes de la famille.

Remarque importante. — En terminant l'étude de l'action en désaveu de paternité, nous devons rappeler (2) que toute la réglementation que nous avons étudiée dans ce paragraphe ne s'applique que dans le cas où la filiation de l'enfant est établie, soit par un acte de naissance, soit par la possession d'état. Au contraire, lorsque l'enfant n'a ni titre, ni possession d'état, et qu'il établit sa filiation à l'égard de sa mère par la preuve testimoniale, dans une action en réclamation d'état, le désaveu est toujours possible et les moyens à employer pour la faire réussir sont laissés à l'appréciation souveraine des tribunaux.

c) *Action en réclamation d'état.*

Définition. — L'action en réclamation d'état, dans un sens large, s'entend de toute action tendant à se faire reconnaître en justice un état dont on n'a pas en fait la jouissance. Mais, dans un sens plus étroit, on désigne par là l'action qu'exerce un enfant pour faire reconnaître devant les tribunaux sa filiation légitime à l'égard de telle et telle personnes déterminées.

(1) Voir *suprà*, p. 69.
(2) Voir *suprà*, p. 244.

C'est dans ce sens étroit que nous employons ici cette expression.

Cas dans lesquels cette action peut être intentée. — D'après ce que nous avons dit précédemment, l'action en réclamation d'état peut être intentée : lorsqu'un enfant n'a ni titre, ni possession d'état, lorsqu'il a un titre et pas de possession d'état ; lorsqu'il a possession d'état et pas de titre, ou lorsqu'il a un titre contraire à sa possession d'état.

Mais lorsqu'il a un titre et une possession d'état conformes, il ne peut élever aucune réclamation (art. 322, C. civ.).

A qui appartient l'exercice de l'action — Tant que l'enfant est vivant, lui seul peut exercer cette action : et comme l'exercice de cette action touche à des considérations d'ordre moral, en même temps qu'il concerne des intérêts pécuniaires, ses créanciers ne pourraient pas l'intenter en son lieu et place, par voie d action oblique en vertu de l article 1166 du Code civil (1).

Quant aux héritiers de l enfant, même ses héritiers directs n'ont le droit d'agir que dans deux cas :

a) Ils peuvent continuer l'instance commencée de son vivant par l'enfant, pourvu qu'il n'y ait eu ni désistement, ni péremption d'instance (art. 330, C. civ.).

b) Ils peuvent entreprendre eux-mêmes l'exercice de l'action, lorsque l'enfant est décédé mineur, ou dans les cinq années après sa majorité (art. 329, C. civ.).

Délai pour l'exercice de l'action. — L'action est imprescriptible entre les mains de l'enfant (art. 328).

Au contraire, à l'égard de ses héritiers, lorsqu'ils ont le droit de l'exercer, elle a la durée ordinaire des actions, c'est-à-dire trente ans.

***__Règles particulières de compétence et de procédure.__** — *Réclamation d'état mêlée à des poursuites criminelles.* — L'action en réclamation d'état est généralement rendue nécessaire en pratique par suite d'un crime ou d'un délit de suppression ou de supposition d état. C'est, par exemple, un officier de l'état civil qui a inscrit l'enfant sous des noms autres que celui que les déclarants lui avaient donnés pour dresser l'acte de naissance ; ou bien ce sont les déclarants qui ont fourni des indications erronées à l'officier de l'état civil ; ou bien, il y a eu substitution d'un

(1) Dans ce sens, Demolombe, *Traité de la paternité et de la filiation*, p. 309. En sens contraire, Beudant, I, n° 508.

enfant à un autre, ou enfin supposition d'un enfant à une femme qui n'est pas accouchée. Dans tous ces cas il y a crime prévu et puni par l'article 345 du Code pénal. Une double action en résulte : une action civile en réclamation d'état, appartenant à l'enfant ; et une action publique, tendant à faire prononcer une peine contre le coupable, dont l'exercice est confié au ministère public. Tant au point de vue de la compétence qu'au point de vue de la procédure, les rédacteurs du Code ont admis en cette matière des dérogations remarquables au droit commun, dans les articles 326 et 327.

Compétence exclusive des tribunaux civils. — Aux termes de l'article 326, les tribunaux civils sont seuls compétents pour statuer sur les réclamations d'état. Cet article déroge à la règle ordinaire qui autorise les tribunaux répressifs à connaître de l'action civile qui résulte d'une infraction, en même temps que de l'action publique (art. 3, C. inst. crim.).

Pourquoi cette exception au droit commun ? Les rédacteurs du Code ont craint que les tribunaux répressifs n'admissent la preuve testimoniale *de plano*, sans exiger comme condition préalable un commencement de preuve par écrit ou des indices graves, comme la loi l'exige, nous l'avons vu dans l'article 323 (1). Raison mauvaise ! Car les règles de preuve sont les mêmes devant les tribunaux civils ; si la preuve testimoniale est d'un usage plus fréquent devant ces tribunaux, c'est uniquement parce que les procès qu'ils ont à juger ont trait à des faits matériels dont il est impossible de faire la preuve par écrit. Mais, toutes les fois que la preuve d'un délit dépend de l'existence d'un acte juridique, les tribunaux répressifs n'acceptent la preuve par témoins que dans les mêmes conditions que les tribunaux civils ; il en est ainsi, par exemple, en matière d'escroquerie ou d'abus de confiance, pour la preuve du dépôt ou du mandat sans lequel le délit n'existerait pas.

A défaut de l'explication inexacte donnée par les tribunaux préparatoires du Code, on justifie la solution exceptionnelle de l'article 326 en disant que les questions d'état sont très délicates à trancher, et que les tribunaux civils offrent plus de garantie

(1) Paroles de Bigot-Préameneu : Fenet, *Travaux préparatoires du Code*, X, p. 146. Il est à remarquer que cet article 326 n'exclut pas seulement la compétence des tribunaux répressifs, mais aussi celle des juges de commerce et des tribunaux administratifs.

que tous autres pour les bien résoudre, soit à raison de leur mode de recrutement, soit en raison de leurs connaissances juridiques, soit aussi en raison du calme plus grand qui préside à leurs travaux (1).

L'exercice de l'action publique est subordonné à l'exercice de l'action civile. — Cette solution qui est consacrée par l'article 327 fait que la mise en mouvement de l'action publique est liée étroitement à l'exercice de l'action civile Si l'enfant garde le silence et ne réclame pas son état devant les tribunaux, la poursuite au criminel sera impossible ; le coupable d'un crime de suppression d'état peut donc s'assurer l'impunité à prix d'argent en s'entendant avec l'enfant. C'est là une dérogation remarquable à une règle essentielle du droit pénal d'après laquelle la renonciation de la partie lésée ne peut arrêter l'exercice de l'action publique (art. 4, C. inst. cr.)

Quelle est la raison de cette solution exceptionnelle? Le législateur a considéré que l'état des personnes devait être laissé à la garde exclusive des familles pour lesquelles il forme une sorte de propriété. Si les intéressés ne se plaignent pas, ou si tous sont morts, il n'y a aucun intérêt pour la société à ce que le ministère public agisse.

Le civil tient le criminel en état. — Enfin, lorsque l'action en réclamation d'état est exercée par l'intéressé, l'action publique est rendue possible; mais elle ne peut *commencer* qu'après le jugement définitif sur la question d'état. C'est ce qu'on exprime en disant que le civil tient le criminel en état (art. 327).

C'est encore là une dérogation considérable au droit commun qui est, au contraire, que le criminel tient le civil en état.

La raison de cette exception est la suivante. La loi considère que la question de filiation a une importance plus considérable que la question de répression. Dès lors elle ne veut pas que les juges civils, qui auront à trancher cette question, puissent être, en aucune façon, influencés dans leur manière de voir, par un

(1) D'ailleurs la jurisprudence écarte l'article 326 et autorise les tribunaux répressifs à statuer sur les questions d'état qui sont soulevées incidemment comme moyens de défense par le prévenu, sans qu'il doive en résulter une décision ferme d'une question de filiation. Par exemple, en matière de parricide, l'accusé prétend n'être pas le fils de la victime ; un individu est poursuivi pour usurpation de titres nobiliaires, il prétend y avoir droit comme membre de telle famille, etc.

jugement rendu au point de vue répressif par un tribunal criminel.

d) *Action en contestation d'état.*

Définition. — L'action en contestation d'état est celle qui tend à priver une personne de l'état dont elle a en fait la jouissance, en prétendant qu'elle n'y a pas droit.

Assimilation à l'action en réclamation d'état. — Bien que l'action en contestation d'état paraisse être le contrepied de l'action en réclamation d'état, puisqu'elle est intentée contre l'enfant par toute personne intéressée, au lieu d'être exercée par lui, elle est soumise aux mêmes règles que cette action à tous les points de vue que nous avons ci-dessus exposés. Il nous suffira donc de faire un renvoi à nos explications précédentes.

***CHAPITRE II. — DE LA FILIATION NATURELLE.

Observations générales.

Définition et distinction. — La filiation naturelle est le lien qui existe entre un enfant et ses père et mère lorsque ceux-ci n'étaient pas unis par le mariage, soit au moment de la conception, soit au moment de la naissance, soit pendant la grossesse.

La filiation naturelle est dite adultérine, lorsqu'elle est le fruit de l'adultère de l'un des parents qui était marié avec une autre personne au moment de la conception de l'enfant.

La filiation naturelle est dite incestueuse lorsqu'entre les père et mère existe un lien de parenté ou d'alliance qui serait un obstacle légal à leur mariage.

On se trouve en présence d'un enfant naturel simple lorsque la filiation n'est entachée ni d'adultère ni d'inceste.

Mode de constatation de la filiation naturelle. — Le mode normal de constatation de la filiation naturelle est la reconnaissance volontaire du père ou de la mère. Si cette reconnaissance n'a pas lieu, l'enfant naturel peut agir en justice pour établir sa filiation. Mais il ne peut invoquer qu'un seul moyen de preuve, la preuve testimoniale rendue admissible par un commencement de preuve par écrit. A la différence de l'enfant légitime, il ne peut se prévaloir, ni de son acte de naissance, ni de la possession d'état, ainsi que nous l'expliquerons plus loin.

Division du chapitre II. — Nous diviserons le chapitre II en 4 paragraphes :

§ 1. De la reconnaissance volontaire.

§ 2. De la reconnaissance forcée.

§ 3. Des effets de la reconnaissance volontaire ou forcée.

§ 4 Des règles particulières aux enfants adultérins ou incestueux.

§ 1. — De la reconnaissance volontaire.

Définition. — La reconnaissance d'enfant naturel est l'acte par lequel une personne fait un aveu formel, soit de paternité, soit de maternité à l'égard d'un enfant qui est né en dehors du mariage.

Caractères essentiels. — La reconnaissance présente trois caractères essentiels. C'est un acte solennel ; c'est un acte volontaire ; c'est un acte irrévocable.

1° C'est un *acte solennel.* – La loi exige, en effet, que la reconnaissance soit faite par acte authentique (art. 334) ; un acte sous seing privé n'aurait aucune valeur et ne pourrait servir que de commencement de preuve par écrit dans une instance en recherche de la maternité.

Un acte authentique offre plus de stabilité, au point de vue de la preuve, et présente plus de garantie de sincérité, la présence d'un officier public étant de nature à éviter les surprises et les fraudes (1).

2° C'est un *acte volontaire.* — D'après les rédacteurs du Code la reconnaissance dépend de la libre volonté des parents, de leur pur agrément (2).

3° C'est un *acte irrévocable* (3). — Celui qui a fait une recon-

(1) Beudant, I, n° 566.

(2) Ce point de vue est critiquable, la reconnaissance devrait être considérée comme un devoir rigoureux pour les parents et comme un véritable droit pour l'enfant. Les rédacteurs du Code eux-mêmes admettent d'ailleurs bien cette manière de voir lorsqu'ils lui accordent le droit d'agir en recherche de la maternité naturelle.

(3) Que décider lorsqu'un testament authentique, contenant une reconnaissance d'enfant naturel, est révoqué ; la révocation du testament entraîne-t-elle la révocation de la reconnaissance ? Question controversée. 1re opinion : La reconnaissance subsiste malgré la révocation. Il y a en somme deux actes distincts : le testament proprement dit, ayant pour objet la disposition des biens, et l'acte de reconnaissance ; la première partie de l'acte est seule révoquée ; mais la reconnaissance subsiste. Il en est ainsi au cas de contrat de mariage contenant reconnaissance d'enfant naturel qui n'est pas suivi

naissance ne peut pas la rétracter. La reconnaissance fait naître au profit de l'enfant des droits qu'un acte postérieur de volonté ne peut lui faire perdre Nous verrons cependant que la reconnaissance peut dans certains cas être annulée.

Forme de la reconnaissance. — Ainsi que nous l'avons constaté plus haut, la reconnaissance doit être faite par acte authentique (art. 334). La loi n'ayant pas précisé la nature de cet acte authentique, on en a conclu que la reconnaissance serait valablement dressé par un officier de l'état civil, par un notaire, ou par un juge à l'occasion de ses fonctions.

1° *Reconnaissance devant l'officier de l'état civil.* — Devant l'officier de l'état civil la reconnaissance peut avoir lieu, soit dans l'acte de naissance même, soit dans un acte postérieur spécial, soit dans l'acte de mariage des père et mère qui régularisent leur situation (art. 62 et 331, C civ). Dans ces deux derniers cas mention en est faite en marge de l'acte de naissance de l'enfant. C est seulement lorsque la reconnaissance est faite devant l'officier de l'état civil qu'elle est publique ; elle bénéficie, en effet, de la publicité des registres de l'état civil (1).

2° *Reconnaissance devant notaire.* — La reconnaissance d'enfant naturel peut être faite devant notaire, soit par un acte spécial, soit dans un autre acte, tel qu'un testament. La rédaction de l'acte notarié est soumise à une formalité spéciale : la présence effective du notaire en second ou des deux témoins instrumentaires est requise au moment de la lecture de l'acte par le notaire et de la signature par les parties, et mention doit en être faite dans l'acte à peine de nullité (art. 9, loi du 25 ventôse an XI interprété par la loi du 12 août 1902).

3° *Reconnaissance devant un tribunal ou un juge.* — Si, au cours d'une instance une reconnaissance d'enfant naturel est faite devant un tribunal, le tribunal peut en donner acte et mention en sera faite par le greffier snr la feuille d'audience.

d'effet parce que le mariage n'a pas lieu. Objection : Pour être logique il faudrait faire produire à cette reconnaissance un effet immédiat du vivant du testateur en autorisant une demande d'aliments ; ce que personne ne veut admettre. — 2e opinion : La reconnaissance subit le sort du testament, *accessorium sequitur principale.* Tant que le testateur vit, le testament n'est qu'un projet dont il reste le maître absolu, qu'il peut anéantir à volonté. Il n'y a pas plus lieu d'en tenir compte que d'une procuration donnée à une personne pour faire une reconnaissance d'enfant naturel. Dans ce sens, Demolombe, IV, n° 455 ; Planiol, I, n° 2237.

(1) Voir *suprà*, p. 44.

De même, le juge de paix peut insérer une reconnaissance dans le procès-verbal qui clôture la procédure de conciliation.

Qui a qualité pour faire la reconnaissance ? – La reconnaissance, nous l'avons dit plus haut, est un aveu de paternité ou de maternité. Comme tout aveu, c'est un acte essentiellement personnel qui ne peut émaner que du père ou de la mère même. Aucune autre personne ne peut la faire pour eux ; par exemple, elle ne pourrait pas être faite par le tuteur pour un interdit judiciaire ou pour un mineur ; ni par le père pour la mère, ou inversement par la mère pour le père ; ni *à fortiori*, par leurs héritiers.

Notons que le père et la mère de l'enfant naturel peuvent reconnaître l'enfant dans le même acte ou séparément ; il peut se faire que l'enfant naturel ne soit reconnu que par un seul de ses deux parents. La situation de l'enfant naturel diffère en cela très nettement de celle de l'enfant légitime, pour lequel, nous l'avons vu, de la filiation maternelle on conclut à la paternité, grâce à la présomption *pater is est*....

Influence de l'indication du nom de la mère dans l'acte de reconnaissance du père. — Lorsque le père reconnaît son enfant naturel il n'est pas obligé d'indiquer dans l'acte le nom de la mère. Supposons qu'il l'ait fait, qu'en résultera-t-il ?

Cette simple indication n'emporte pas, d'après ce qui précède, la reconnaissance de l'enfant par rapport à la mère. Mais elle la rend plus facile dans la pratique (1). En effet, la jurisprudence décide qu'en pareil cas le simple aveu de la mère vaut reconnaissance à son égard ; et cet aveu peut se faire de toute façon, par acte sous seing privé, tel qu'un testament olographe ou une lettre missive ; il peut même être tacite et résulter, par exemple, des soins donnés à l'enfant par la mère, c'est-à-dire de la possession d'état que la mère lui aura conférée. Cette solution de la jurisprudence repose sur un argument *a contrario* tiré de l'article 336. Cet article dit que la reconnaissance du père, *sans l'indication* et l'*aveu* de la mère n'a d'effet qu'à l'égard du père. *A contrario*,

(1) Dans ce sens : Cass., 30 novembre 1868, D. 69.1 28. La jurisprudence est même allée jusqu'à donner cette solution lorsque le nom de la mère est indiqué dans l'acte de naissance de l'enfant naturel, soit par le père ne reconnaissant pas l'enfant pour son propre compte, soit par un déclarant quelconque. Cass., 3 avril 1872, D. 72.1.113 ; Paris, 2 août 1876, S. 79.2.250.

a-t-on dit, la reconnaissance du père *avec* l'indication et *avec* l'aveu de la mère produit ses effets à l'égard de la mère (1).

Capacité requise pour reconnaître un enfant naturel. — En cette matière, aucune condition spéciale de capacité n'est requise. Il suffit de pouvoir faire un acte raisonnable.

C'est ainsi qu'un mineur, même non émancipé, pourra faire cet acte, sans l'assistance de personne ; de même une femme mariée sans l'autorisation de son mari, un interdit judiciaire, pendant un intervalle lucide (2) ; sans aucun doute aussi, l'interdit légal et la personne affectée d'un conseil judiciaire.

Epoque à laquelle la reconnaissance est possible. — La reconnaissance d'un enfant naturel peut avoir lieu à toute époque : soit avant sa naissance, pendant la grossesse, soit après la naissance, soit après sa mort.

Enfant naturel conçu. — L'enfant naturel, simplement conçu, peut être reconnu. Il y va de son intérêt ; son père peut mourir avant sa naissance, sa mère en lui donnant le jour.

La reconnaissance anticipée lui assurera ses droits de succession à l'égard de ses parents.

Dès lors, on peut appliquer la maxime *infans conceptus jam pro nato habetur quoties de commodis suis agitur.*

(1) Cet argument n'est pas fondé si on étudie les travaux préparatoires de l'article 336. Le projet primitif, conforme sur ce point à notre ancien droit, était ainsi conçu : « Toute reconnaissance du père seul, *non avoué par la mère* sera de nul effet, même à l'égard du père. » La mère est, disait-on, mieux placée que toute autre personne, pour savoir quel est le père véritable de l'enfant. Mais cette solution aurait eu des inconvénients pour l'enfant ; la mère aurait pu refuser son aveu, pour sauver son honneur, ou être dans l'impossibilité de le donner pour cause d'absence de mort, de folie : l'enfant n'aurait pas pu alors être reconnu par son père. On proposa la rédaction suivante : « La reconnaissance du père, si elle est désavouée par la mère, sera de nul effet. » Mais ce texte aurait fait double emploi avec l'article 339 qui permet à toute personne intéressée de contester la reconnaissance. On y substitua celui-ci : « La reconnaissance d'un enfant naturel n'aura d'effet qu'à l'égard de celui qui l'aura faite, sauf à l'autre à la contester. » C'était bien la pensée des rédacteurs du Code. Mais voulant marquer d'une façon plus formelle qu'ils entendaient renoncer au système de l'ancien droit qui exigeait l'aveu de la mère, ils s'arrêtèrent en définitive à la formule de l'article 336. L'interprétation de la jurisprudence est donc erronée ; elle trouve son explication dans le désir très légitime que les tribunaux éprouvent de faciliter à l'enfant naturel la preuve de sa filiation, en réagissant contre le système trop restrictif établi par le Code civil.

(2) La jurisprudence est fixée dans ce sens. Caen, 26 avril 1887, journal *La Loi*, 28 octobre 1887. Cela est indispensable parce que le tuteur ne peut pas faire l'acte à sa place.

Enfant naturel décédé. — La reconnaissance ne fait aucun doute quand il laisse des descendants légitimes, parce qu'elle profitera à ces derniers D'ailleurs cette solution est consacrée implicitement par l article 332 du Code civil qui autorise en pareil cas la légitimation.

Lorsque l'enfant naturel est mort sans postérité, la reconnaissance n'a d'autre but que de permettre aux parents d'hériter de lui. Malgré cela la jurisprudence l'autorise avec raison aujourd'hui, aucun texte ne l interdisant (1).

Causes de nullité de la reconnaissance. — Comme tous les actes juridiques, la reconnaissance peut tantôt être inexistante, tantôt annulable.

Cas de reconnaissance inexistante. — La reconnaissance est inexistante dans deux cas :

1° Lorsqu'elle n a pas été faite par acte authentique.

2° Lorsqu'il y a eu absence totale de consentement de la part de l'auteur de la reconnaissance. Il était en état de démence ou en état d'ivresse.

L'inexistence peut être invoquée par toute personne intéressée.

Cas de reconnaissance annulable. — La reconnaissance est annulable lorsqu'il y a vice de volonté, c'est-à-dire, erreur, dol ou violence.

Erreur, — l'auteur de la reconnaissance se croyait le père de l'enfant ; à la réflexion, en supputant les dates, et à la lumière des événements, il voit qu'il s'est trompé.

Dol, violence, — la reconnaissance est conforme à la vérité, mais elle a été extorquée à son auteur par des manœuvres frauduleuses ou par des menaces.

Conformément au droit commun, la nullité est relative et ne peut être invoquée que par l'auteur de la reconnaissance. Elle peut être couverte par la confirmation et par la prescription de trente ans (2).

De la contestation de la reconnaissance, article 339. — *Du droit de contester la reconnaissance.* — En dehors des règles du droit commun que nous venons de rappeler, et qui permettent

(1) On ne doit pas argumenter de ce qu'en pareil cas la légitimation n'est pas possible ; la reconnaissance est purement déclarative ; elle ne crée pas une situation nouvelle comme la légitimation ; on comprend donc qu'elle soit possible là où la légitimation ne le serait pas.

(2) La prescription de dix ans de l'article 1304 ne s'applique qu'aux *Conventions*.

à l'auteur même de la reconnaissance de la faire annuler, le Code civil, dans l'article 339, accorde à toute personne intéressée le droit d'attaquer la reconnaissance, comme étant contraire à la vérité, pour défaut de sincérité.

A l'appui de cette contestation, le demandeur peut invoquer toutes sortes de moyens de preuve, les présomptions et la preuve testimoniale, même non étayée par un commencement de preuve par écrit.

Cette action dure trente ans ; aucune confirmation ne peut la couvrir.

Personnes qui peuvent exercer cette action. — Cette action peut, aux termes de l'article 339, être exercée par toutes les personnes intéressées.

Ce sont :

1° L'auteur même de la reconnaissance ;
2° L'enfant reconnu ;
3° Le père et la mère véritables de l'enfant reconnu ;
4° Les parents de celui qui a fait la reconnaissance (1) ;
5° Celui qui avait reconnu antérieurement le même enfant.

§ 2. — De la reconnaissance forcée.

Définition. — La reconnaissance forcée ou judiciaire est celle qui résulte d'un jugement obtenu par un enfant naturel à la suite d'une action en recherche de la paternité ou de la maternité naturelle lorsque l'enfant n'a pas été reconnu volontairement par ses parents.

Différence essentielle entre la paternité et la maternité naturelle. — La loi a traité différemment la paternité et la maternité naturelle au point de vue de la reconnaissance forcée. Elle a autorisé la recherche de la maternité ; au contraire, elle a interdit en principe la recherche de la paternité naturelle ; nous allons étudier successivement ces deux points.

a) *Recherche de la paternité naturelle.*

Principe : Interdiction de la recherche de la paternité naturelle, article 340 du Code civil. — En principe, la re-

(1) Même en dehors de tout intérêt pécuniaire, au nom de l'intérêt moral de la famille ; Cass., 17 mars 1870, D. 70.1.241.

cherche de la paternité naturelle est interdite, article 340, § 1 du Code civil.

Raisons de cette interdiction. — L'interdiction établie par l'article 340 peut s'expliquer par une double raison : l'une pratique, l'autre historique.

Raison pratique. — La raison pratique est l'impossibilité de faire la preuve directe de la paternité. Nous avons vu que, pour la filiation légitime, on évite cet obstacle à l'aide d'une présomption qui repose sur la double obligation imposée à la femme mariée de cohabiter avec son mari et de lui être fidèle. Les éléments d'une semblable présomption font défaut en dehors du mariage.

Raison historique — Dans notre ancien droit, la recherche de la paternité était autorisée et il en était résulté de véritables abus(1). Les procès étaient fréquents, et les personnes les plus honorables, les prêtres notamment, étaient souvent l'objet de poursuites calomnieuses à ce sujet. Il y avait là, dit Bigot de Préameneu dans son exposé des motifs, un véritable fléau pour la société. C'est pour éviter le retour de ces faits dans l'avenir que le principe de l'article 340 a été adopté.

Exception : Recherche de la paternité autorisée en cas d'enlèvement. — *Enoncé de l'exception.* — Par exception, la loi dans le second alinéa de l'article 340, autorise la recherche de la paternité en cas d'enlèvement. Mais pour cela, il faut que l'époque de l'enlèvement se rapporte à celle de la conception.

La loi a vu dans cette coïncidence une présomption en faveur de la paternité du ravisseur ; les juges apprécieront.

Etendue de l'exception. – Que faut-il entendre par enlèvement? C'est tout déplacement ou tout détournement d'une personne majeure ou mineure, opéré contre son gré ou contre le gré de ceux sous l'autorité desquels elle se trouve, par fraude ou par violence. La loi n'exige pas qu'il y ait séquestration.

Il ne faudrait pas étendre l'exception au cas de détournement

(1) Il existait même un adage ainsi conçu : *creditur virgini prœgnanti*, on doit ajouter foi à la déclaration de la fille-mère faisant connaître de qui elle était enceinte. Pendant longtemps on a cru que cette simple déclaration suffisait pour trancher la question de paternité. Mais des travaux récents ont démontré que la désignation de la mère servait seulement à faire condamner le père à payer provisoirement une pension alimentaire à la mère et à l'enfant. Mais elle devait être corroborée par des preuves sérieuses en ce qui concerne la paternité elle-même (P. Baret, *Histoire et critique des règles sur la preuve de la filiation des enfants naturels*, p. 10 à 39. Planiol, I, n° 2266).

par séduction (1), ni au cas de viol, qui sont bien différents de l'enlèvement.

Qui peut exercer l'action. — L'action en recherche de la paternité, dans ce cas exceptionnel, peut être exercée, d'après l'article 340, par toute personne intéressée, notamment : l'enfant, la mère, et d'une façon générale tous ceux qui auraient un intérêt moral ou pécuniaire.

Critiques dirigées contre la prohibition de la recherche de la paternité naturelle. — La prohibition de la recherche de la paternité est critiquée avec raison par la majorité des auteurs et elle est appelée à disparaître dans un avenir prochain (2).

Elle est immorale, en ce qu'elle dégage le père de toute responsabilité et fait retomber tout le poids de la faute sur la mère.

Elle est funeste dans ses conséquences, en ce qu'elle est une des causes de la dépopulation dont le pays souffre si profondément. Les filles-mères abandonnées ne reculent pas toujours devant l'avortement ou l'infanticide pour échapper à une maternité trop lourde à supporter seule.

Elle n'est pas fondée dans son principe. Sans doute, dans un grand nombre de cas, la paternité naturelle reste incertaine ; quelquefois cependant les circonstances sont telles qu'il serait possible d'en faire la preuve ; par exemple, s'il y a eu cohabitation continue d'un homme et d'une femme coïncidant avec la naissance de l'enfant. Il est illogique que la loi autorise la recherche de la paternité en cas d'enlèvement qui peut ne pas durer longtemps et qu'elle l'interdise dans cette hypothèse (3).

Des correctifs admis par la jurisprudence — La jurisprudence a essayé de corriger dans la pratique les conséquences fâcheuses qui résultent de l'application de l'article 340 du Code

(1) En sens contraire, Planiol, I, n° 2278, Paris, 28 juillet 1821, S. 21.2.235.

(2) De nombreuses propositions de lois ont été déposées sur le bureau des Chambres pour modifier l'article 340. Celle de M. Rivet, du 26 mai 1883, renouvelée en 1890 et en 1895 a été prise en considération en 1896 ; elle a fait l'objet d'un rapport favorable en 1897

(3) D'après le Code civil allemand (art 1717), on doit considérer comme le père de l'enfant naturel celui qui a cohabité avec la mère pendant la période de la conception, à moins qu'une autre personne n'ait, pendant la même période aussi, cohabité avec elle Le texte ajoute qu'on ne doit pas prendre cette cohabitation en considération si, d'après les circonstances, il est impossible manifestement que la mère ait conçu l'enfant par suite de cette cohabitation.

civil. Les recueils d'arrêts fournissent de nombreuses décisions sur ce point. Mais elles ne s'accordent pas toutes sur le procédé à employer Certains arrêts accordent à la mère une indemnité basée sur un quasi-délit civil commis par l'auteur de la séduction, en s'appuyant sur l article 1382 du Code civil (1). D'autres, plus nombreux, se bornent à valider et à sanctionner l'engagement écrit pris par le père de l'enfant envers la mère de pourvoir à ses besoins (2). On ne peut qu'approuver ces décisions dictées par un sentiment de justice et d'humanité. Mais on doit regretter l'inconséquence d'une législation qui autorise les tribunaux à condamner un séducteur à payer une pension alimentaire à la mère de son enfant et qui leur défend de reconnaître la paternité.

b) *Recherche de la maternité naturelle.*

Liberté de l'action. — Tandis que la recherche de la paternité naturelle est interdite par la loi (art 340), la recherche de la maternité est, au contraire autorisée par l'article suivant (art. 341). Il faut à ce sujet étudier deux points : Qui peut exercer cette action ? Quels moyens de preuve sont recevables ?

I. — Qui peut exercer l'action en recherche de la maternité naturelle ? — L'exercice de cette action appartient à coup sûr à l'enfant naturel. Mais deux questions sont discutées : peut-elle être exercée par d'autres que par l'enfant naturel ? peut-elle être exercée contre l'enfant naturel ?

L'action peut-elle être exercée par d'autres que par l'enfant naturel ? — Cette question peut se poser pour l'enfant légitime d'un enfant naturel qui veut exercer ses droits successoraux dans la succession de sa mère en vertu de l'article 759 ; elle peut aussi s'élever à l'égard du frère naturel d'un enfant naturel décédé qui veut invoquer les droits de succession qui lui sont assurés par l'article 766.

D'après la jurisprudence (2), l'exercice de l'action n'appartient qu'à l'enfant : c'est un droit qui est attaché à sa personne. Cela résulte, dit on de l'article 341 qui suppose l'action exercée par l'enfant lui-même et non par un autre que par lui.

Cette solution est critiquée avec raison par la doctrine. Tous les auteurs font observer très justement, que dans le cas excep-

(1) Cass., 26 juillet 1864, D. 64.1.347.
(2) Cass., 3 avril 1882, D. 82.1.404.
(3) Cass., 3 avril 1872, D. 72.1.135.

tionnel où la recherche de la paternité est autorisée, l'exercice de l'action est accordé aux parties intéressées (art. 340, § 2). Dès lors, il est inadmissible que le même droit leur soit refusé en ce qui concerne la recherche de la maternité. Il n'y a pas lieu de s'arrêter aux termes de l'article 341 qui font allusion à l'exercice de l'action par l'enfant ; la loi s'est placée dans l'hypothèse la plus fréquente ; cela ne veut pas dire que la loi refuse ce droit à toute autre personne.

L'action peut-elle être intentée contre l'enfant naturel ? — L'intérêt de la question est le suivant : la mère d'un enfant naturel lui a fait une donation ou un legs dépassant la mesure de ce que la loi permet de donner à un enfant naturel aux termes de l'article 908, et pour éviter l'application de cet article, elle n'a pas reconnu l'enfant. Ses héritiers légitimes pourront-ils, pour faire réduire cette libéralité, démontrer que le donataire ou le légataire était l'enfant naturel de la défunte ?

Non, dit encore la jurisprudence (1) ; la recherche de la maternité a été établie dans l'intérêt de l'enfant, on ne peut pas s'en servir contre lui et à son préjudice.

La doctrine critique cette manière de voir pour la même raison que tout à l'heure. On peut d'ailleurs ajouter que l'article 908 deviendrait lettre morte et qu'il serait facile de l'éluder si on ne pouvait pas faire, à l'encontre de l'enfant naturel, la preuve de sa filiation.

*** **II. — Moyens de preuve de la filiation naturelle à l'égard de la mère.** — *Indication des deux faits à prouver.* — L'enfant qui veut établir sa filiation à l'égard de celle qui prétend être sa mère, doit prouver deux choses : 1° que cette femme est accouchée ; 2° son identité avec l'enfant dont elle est accouchée.

Seul moyen de preuve autorisé : la preuve testimoniale. — Tandis que pour la filiation légitime la loi admet comme moyens de preuve l'acte de naissance, la possession d'état et la preuve testimoniale, en ce qui concerne la filiation naturelle la loi n'admet qu'un seul moyen de preuve, la preuve par témoins ; et cette preuve n'est recevable que quand il existe un commencement de preuve par écrit (art. 323, C. civ.).

Du commencement de preuve par écrit. — Le commencement de preuve par écrit doit rendre vraisemblable l'accouchement ainsi que l'identité de l'enfant ; il ne suffirait pas qu'il rendît

(1) Cass., 25 juillet 1878, D. 79.1.15.

vraisemblable seulement l'accouchement ; il suffirait au contraire qu'il existât en ce qui concerne l identité de l'enfant ; parce que l'identité de l'enfant avec celui dont la mère est accouchée suppose évidemment l'accouchement de la mère.

Quel sera ce commencement de preuve par écrit? Nous avons vu plus haut (1) que, pour la filiation légitime, la loi en avait donné une définition plus large que de droit commun ; ce sont des titres de famille, des registres et papiers domestiques, des actes publics ou privés émanés d'une partie engagée dans la contestation, ou qui y aurait intérêt si elle était vivante (art. 324). Au contraire, d'après l'article 1347, le commencement de preuve par écrit est un écrit qui émane de la partie contre laquelle on plaide. Que décider en ce qui concerne la filiation naturelle ?

D'après la majorité des auteurs et d'après la jurisprudence, il faut entendre le commencement de preuve par écrit conformément à l'article 324 du Code civil. C'est à cet article, qui définit le commencement de preuve par écrit en matière de filiation, que les rédacteurs du Code ont certainement pensé en écrivant l'article 341, plutôt qu'à l'article 1347 qui n'avait pas encore été mis en discussion (2).

Les indices ou présomptions ne sont pas suffisants. — Nous avons vu plus haut que la preuve testimoniale était admissible pour prouver la filiation légitime lorsqu'il existait des présomptions ou des indices résultant de faits dès lors constants. La loi n'y fait pas allusion dans l'article 341 en ce qui concerne la filiation naturelle. Il n'est pas possible de transporter sur ce point la solution donnée par la loi pour la filiation légitime à la filiation naturelle.

Cette différence de traitement, peu justifiable en législation, résulte des dangers de fraude que les rédacteurs du Code ont redoutés en matière de filiation naturelle et de la défaveur avec laquelle ils ont traité les enfants naturels.

*****Du rôle de l'acte de naissance pour la preuve de la filiation naturelle.** — *L'acte de naissance ne fait pas preuve complète de la filiation naturelle.* — Nous avons vu qu'en ce qui

(1) Page 244.

(2) En sens contraire, on a dit que les règles de preuve de la filiation naturelle avaient été réglées d'une façon plus rigoureuse que pour la filiation légitime et qu'il ne fallait pas étendre les solutions de faveur établies pour cette dernière à l'autre filiation. Dans ce sens : Aubry et Rau, VI, § 570 ; Beudant, II, n° 590.

concerne la filiation légitime, l'acte de naissance établissait la maternité et, par voie de conséquence, la paternité, du moment que l'identité de l'enfant avec celui que l'acte concerne n'était pas contestée. Il n'en est pas de même pour la filiation naturelle. Un acte de naissance indiquant le nom de la mère sur la déclaration d'un tiers ne peut être invoqué par l'enfant comme un titre prouvant entièrement sa filiation maternelle, même lorsque son identité n'est pas mise en doute (1) : la loi n'a admis que deux moyens de preuve de la filiation naturelle : la reconnaissance volontaire ou un jugement rendu après une action en recherche de la maternité.

Nous avons expliqué plus haut (2) cette différence entre les deux sortes de filiation. On peut ajouter foi à la déclaration qui sert à rédiger l'acte de naissance pour la filiation légitime ; les fraudes et les erreurs sont peu à redouter. Il y a lieu de se montrer plus circonspect en matière de filiation naturelle ; on ne pouvait s en rapporter purement et simplement à la déclaration d'un tiers.

L'acte de naissance ne prouve pas l'accouchement. — Mais si l'acte de naissance ne fait pas preuve complète de la filiation naturelle quand il indique le nom de la mère, ne peut il pas au moins être invoqué comme moyen de prouver l'accouchement de la mère dans un procès en recherche de la maternité ? oui, dit la jurisprudence la plus récente (3).

Cette solution nous paraît contestable (4). L'aveu de la mère par acte sous seing privé ne suffit pas pour démontrer l'accouchement ; il n'est qu'un commencement de preuve par écrit ; comment dès lors supposer que l'acte de naissance formât preuve complète de l'accouchement sans l'aveu de la mère et sur la déclaration des personnes qui ont fait dresser cet acte ? Nous l'avons dit plus haut et nous le répétons, de semblables déclarations peuvent être tenues pour sincères pour la filiation légitime parce qu'elles se réfèrent alors à un fait régulier et honorable que per-

(1) Jusqu'en 1872, la jurisprudence, méconnaissant l'esprit de la loi, considérait que l'acte de naissance portant le nom de la mère faisait preuve complète de la filiation naturelle à son égard. Mais depuis 1872, elle a renoncé à cette fausse interprétation de la loi et admet la solution portée au texte. Cass., 3 avril 1872 D. 72.1 113 ; Paris, 11 juin 1891, D 92.2.533.

(2) Voir *suprà*. p. 236.

(3) Cass., 1er décembre 1869 D. 70 1.97 ; Limoges, 7 décembre 1886, D. 88.2.93. Dans ce même sens, Planiol, I. n° 2255.

(4) Dans ce sens, Aubry et Rau, VI, § 570 et note 21.

sonne n'a intérêt à dissimuler et qui se passe en quelque sorte au grand jour Au contraire, la filiation naturelle est le résultat d'une faute ; l imputation d'une semblable filiation est un fait grave, qui peut être le résultat d'un chantage ; il n'y a pas lieu de l'accepter sans contrôle.

L'acte de naissance est un simple commencement de preuve par écrit. — Le seul parti que l'enfant naturel puisse tirer de l'indication du nom de sa mère dans son acte de naissance, c'est qu'il pourra l'invoquer comme commencement de preuve par écrit de l'accouchement rendant possible la preuve testimoniale. Mais il ne serait pas un commencement de preuve par écrit de l'identité de l'enfant (1).

***__Du rôle de la possession d'état pour la preuve de la filiation naturelle__. — *Points certains.* — En ce qui concerne le rôle de la possession d état en matière de filiation naturelle, les points suivants sont certains :

1° Lorsque le nom de la mère est indiqué dans l'acte de reconnaissance du père, la possession d'état de l'enfant à l'égard de sa mère est, de la part de celle-ci, un aveu tacite qui équivaut à reconnaissance volontaire, par application de l'article 336, tel qu'il est interprété par la jurisprudence (2).

2° Lorsque l'enfant a été reconnu dans un acte authentique, il peut invoquer la possession d'état pour prouver son identité avec celui que la reconnaissance concerne.

3° Lorsque l'enfant, ayant un commencement de preuve par écrit établissant l accouchement de la mère et son identité, est admis à faire la preuve de sa filiation par témoins, il peut s'appuyer sur la possession d'état dont il jouit comme sur un élément puissant de conviction.

Point controversé. — Mais faut-il aller plus loin ? faut-il admettre qu'en dehors de toute reconnaissance régulière et d'un commencement de preuve par écrit, la possession d'état est par elle-même un mode de preuve direct de la filiation naturelle, dans les mêmes conditions que pour la filiation légitime ?

Trois opinions ont été soutenues sur cette question.

1re *Opinion.* — La possession d'état est un moyen de preuve

(1) Dans ce sens : Baudry-Lacantinerie, MM. Aubry et Rau ne veulent même pas y voir un commencement de preuve par écrit, parce qu'ils exigent un écrit émanant de la mère par application de l'article 1347.

(2) Voir *suprà*, p. 262.

de la filiation naturelle à l'égard de la mère, mais non à l'égard du père.

Cette solution a été admise par la jurisprudence jusqu'en 1834.

A l'appui de cette solution, on invoque entre autres arguments : que la possession d'état est la plus probante de toutes les preuves ; c'est un aveu réfléchi et continu qui présente plus de garantie de sincérité que la reconnaissance par acte authentique qui a pu être surprise par dol ou extorquée par la violence.

2e *Opinion.* — La possession d'état est un moyen de preuve de la filiation naturelle tant à l'égard de la mère qu'à l'égard du père.

Cette opinion très hardie fut soutenue par M. Demolombe, en 1835 (1). La possession d'état est un aveu des parents de l'enfant naturel ; ce dernier peut s'en prévaloir même à l'égard de son père sans en être empêché par la prohibition de l'article 340. En effet, ce que la loi défend, c'est la *recherche* de la paternité, en raison de ses incertitudes. Or, l'enfant qui possède l'état d'enfant naturel ne *recherche* pas son état ; puisque cet état est connu, avoué et public ; il tend seulement à le faire constater.

3e *Opinion.* — La possession d'état n'est un moyen de preuve de la filiation naturelle, ni à l'égard de la mère, ni à l'égard du père (2).

Cette solution est certainement la plus conforme au système adopté par les rédacteurs du Code civil, si elle n'est pas la meilleure au point de vue législatif. En effet, le législateur de 1804 a consacré deux chapitres distincts à la filiation légitime et à la filiation naturelle au point de vue de la preuve. Dans l'un, consacré à la filiation légitime, il a indiqué la possession d'état comme moyen de preuve de la filiation, et il l'a passée sous silence dans l'autre, consacré à la filiation naturelle. Il semble bien en résulter la preuve que la possession d'état ne doit pas être admise à prouver la filiation naturelle.

D'autre part, une reconnaissance d'enfant naturel faite sous seing privé n'a aucune valeur aux yeux du législateur. Il paraît dès lors difficile d'admettre qu'en dehors de tout titre, la seule manière d'être des parents à l'égard d'un enfant soit suffisante. Une reconnaissance tacite ne peut pas avoir plus de portée qu'une reconnaissance formelle.

(1) *Revue de législation et de jurisprudence*, I, p. 427. Dans le même sens : Valette, *Cours de droit civil*, V, n° 480.

(2) Dans ce sens : Beudant, III, nos 602 et suiv.

C'est cette dernière opinion qui résulte des arrêts rendus par la jurisprudence depuis 1835 ; en sorte que l'intervention de M. Demolombe dans cette affaire a produit le résultat inverse de celui qu'il voulait atteindre (1).

§ 3. — Des effets de la reconnaissance volontaire ou forcée.

Enumération. — Les effets de la reconnaissance sont les mêmes, qu'elle soit volontaire ou qu'elle soit forcée.

Ces effets sont nombreux ; les trois principaux sont les suivants :

1° Un droit réciproque de succession entre l'enfant naturel et ses père et mère. Les droits successoraux de l'enfant naturel reconnu ont été beaucoup augmentés par la loi du 25 mars 1896.

2° Un droit réciproque à des aliments entre l'enfant naturel reconnu et ses père et mère ;

3° Une limitation dans la capacité de disposer et de recevoir à titre gratuit. D'après l'article 908, modifié par la loi précitée de 1896, l'enfant naturel reconnu ne peut recevoir de ses parents par donation entre vifs au delà de sa part dans leur succession *ab intestat*, et par testament, plus qu'une part d'enfant légitime le moins prenant.

Nous nous bornons ici à ces simples indications ; ces trois points seront développés à l'occasion des matières qu'ils concernent.

Caractère rétroactif de ces effets. — Il est important cependant de noter que les effets de la reconnaissance sont rétroactifs. Ils remontent au jour de la conception de l'enfant. Cela tient à ce que la reconnaissance constate un fait qui a toujours existé ; elle est déclarative et non attributive de filiation.

Du cas particulier de la reconnaissance pendant le mariage. Article 337 du Code civil. — *Enoncé de la solution.* — En principe, l'époque à laquelle a eu lieu la reconnaissance d'un enfant naturel est sans influence sur ses conséquences juridiques. L'article 337 apporte une dérogation à ce principe dans un cas particulier.

L'hypothèse prévue par ce texte est la suivante : une personne ayant un enfant naturel, qu'elle n'a pas reconnu, se marie avec une personne autre que le père ou la mère de cet enfant ; puis,

(1) Planiol, I, n° 2291.

au cours du mariage, elle le reconnaît. Dans ce cas. la loi décide que la reconnaissance ne pourra nuire à son conjoint, ni aux enfants nés de ce mariage.

Raison de cette solution. — La raison de cette solution nous est donnée par les travaux préparatoires. Les rédacteurs du Code ont vu dans cette reconnaissance une violation de la foi promise à son conjoint. « Il ne peut pas dépendre de l'un des époux, dit Bigot de Préameneu, de changer après son mariage le sort de sa famille légitime en appelant des enfants naturels qui demanderaient une part dans les biens ; ce serait violer la foi sous laquelle le mariage a été contracté (1) »

Cette solution est très critiquable : elle ne peut s'expliquer que par cette idée fausse qui a inspiré les solutions du Code sur plus d'un point. que la reconnaissance dépend du pur agrément des parents, au lieu d'être considérée comme une obligation stricte pour les parents et comme un droit véritable pour l'enfant. Car si l'enfant a un droit à la reconnaissance. ce droit ne devrait pas être sacrifié à la bonne harmonie du ménage de son auteur (2). Nous allons constater d'ailleurs les contradictions qui résultent de l'application de l'article 337.

Conditions d'application de l'article 337. — La disposition de l'article 337 étant exceptionnelle, il faut l'appliquer limitativement au seul cas où la reconnaissance a eu lieu au cours du mariage.

Il faut donc l'écarter dans les cas suivants :

1° Lorsqu'elle a eu lieu avant le mariage, bien qu'elle ait été ignorée du conjoint. Et cependant il n'y a pas alors moins de déloyauté que dans le cas prévu par le Code.

2° Lorsqu'elle a lieu après la dissolution du mariage, bien qu'elle soit aussi préjudiciable, à ce moment, à la famille légitime et au conjoint (Douai, 26 février 1903, D. 1904.2.385).

Au contraire, il convient d'appliquer l'article 337 lorsque la reconnaissance a eu lieu au cours du mariage, même avec le consentement du conjoint. Il faut admettre cette solution parce que la loi ne fait à cet égard aucune distinction ; et cependant la reconnaissance n'est la cause d'aucun trouble pour le ménage.

Conséquences de l'application de l'article 337. — Voici les principales conséquences qui résultent de l'article 337.

1° A la mort de l'auteur de sa reconnaissance, l'enfant naturel

(1) Locré, VI, p. 216.
(2) Beudant, II, n° 570.

ne viendra pas en concours avec les enfants légitimes du défunt. D'autre part, si le défunt ne laisse pas d'héritiers légitimes au degré successible, sa succession entière sera dévolue au conjoint survivant qui primera ainsi l'enfant naturel (art 767).

2° Nous verrons plus tard que l'enfant naturel a une réserve qui lui permet de faire réduire les libéralités excessives que ses père et mère qui l'ont reconnu ont pu faire par donation entre vifs ou par testament. L'enfant naturel reconnu pendant le mariage ne pourra invoquer cette réserve pour attaquer les libéralités que son auteur a pu faire à son conjoint.

3° L'enfant naturel ne pourra pas réclamer des aliments à celui qui l'a reconnu, parce qu'il pourrait en résulter pour celui ci une charge préjudiciable aux intérêts de son conjoint et des enfants issus du mariage (1).

Effets de la reconnaissance dans le cas de l'article 337. — Cependant, la reconnaissance faite pendant le mariage n'est pas dénuée de tout effet.

1° L enfant naturel porte le nom de celui qui l a reconnu et il est soumis à sa puissance paternelle.

2° Il peut recevoir des donations entre vifs ou des legs de l'auteur de la reconnaissance (2). Ce que la loi a voulu éviter, dans l'intérêt du conjoint et des enfants légitimes, ce sont les effets légaux de la reconnaissance. Or ces libéralités ne sont pas la conséquence de la reconnaissance ; elles auraient pu être faites à l'enfant s'il n'avait pas été reconnu.

3° L'enfant naturel peut exercer les droits que la loi lui attribue à l'encontre des enfants d'un précédent mariage et à l'égard des collatéraux de celui qui l'a reconnu (3).

(1) Cette solution n'est cependant pas admise sans contestation. La Cour de cassation a décidé en 1861 qu'un enfant reconnu par une femme mariée ne pouvait pas réclamer d'aliments à son mari (Cass., 19 décembre 1861, D. 62 1.49), mais que l'enfant reconnu par le mari pouvait lui en réclamer (Cass., 13 juillet 1886, D. 87.1.119).

(2) La jurisprudence est fixée en ce sens (Cass., 28 mai 1878, D. 78.1. 401). Beaucoup d auteurs ont contesté cette solution s'appuyant sur l'article 908 qui interdit de donner à l'enfant naturel plus que ce qu'il peut recueillir *ab intestat* : ils décident que l'enfant naturel ne peut pas recevoir une donation entre vifs de l'auteur de la reconnaissance (Beudant II, n° 569). Mais une semblable solution n'était pas dans l'esprit des rédacteurs du Code.

(3) C'est ce qui résulte de la fin de l'article 337. « Néanmoins elle produira son effet après la dissolution de ce mariage s'il n'en reste pas d'enfants. »

L'article 337 *s'applique-t-il au cas de reconnaissance forcée ?* — Cette question est discutée.

1re *Opinion.* — L'article 337 s'applique aux deux cas de reconnaissance. Les effets de la reconnaissance, dit-on, ne dépendent pas de la façon dont elle a été faite. On ajoute que s'il en était autrement il serait facile d'éluder la loi. Le conjoint ne reconnaîtrait pas volontairement l'enfant et se ferait assigner par lui en reconnaissance forcée, en lui fournissant les moyens de réussir dans son action (1).

2e *Opinion.* — L'article 337 ne s'applique pas à la reconnaissance forcée. Cela résulte, dit-on, de la place qu'occupe cet article dans le Code avant ceux qui règlent la reconnaissance judiciaire, et de l'esprit de la loi ; on ne peut reprocher un manque de loyauté à son conjoint lorsqu'il est actionné en justice par l'enfant ; quant au danger de fraude on peut l'éviter en n'autorisant l'enfant à se servir que d'écrits ayant date certaine avant le mariage (2).

§ 4. — Des règles particulières aux enfants adultérins et incestueux.

Prohibition établie par la loi. — Articles 335 et 342, C. civ. — La loi interdit la reconnaissance, soit volontaire, soit judiciaire, de la filiation naturelle adultérine ou incestueuse.

La raison de cette prohibition est toute morale. La loi a voulu éviter le scandale résultant de la révélation d'une pareille filiation.

Conséquences de la prohibition. — La prohibition établie par la loi entraîne les conséquences suivantes :

1° Il est interdit à tout officier public de recevoir une reconnaissance d'enfant naturel qui serait la constatation manifeste d'une filiation adultérine ou incestueuse (3).

2° Il est interdit à un tribunal d'admettre une demande en recherche de la maternité naturelle, toutes les fois qu'elle doit aboutir à constater une filiation adultérine ou incestueuse (4).

(1) La jurisprudence paraît fixée dans ce sens (Cass., 16 décembre 1861, D. 62.1.39 ; Bordeaux, 25 mai 1892, D. 94.2.50). Dans ce sens, Beudant, II, n° 599.

(2) Dans ce sens, Planiol, I, n° 2248.

(3) Il en est ainsi, par exemple, lorsque l'enfant est reconnu conjointement, dans le même acte par ses père et mère, parents à un degré où le mariage ne serait pas possible, ou dont l'un d'eux est marié. Même solution dans le cas de reconnaissance individuelle faite par celui des deux auteurs qui était marié au moment de la conception de l'enfant.

(4) En cas de recherche de la filiation légitime, lorsque le mari et la

3° Serait nulle toute reconnaissance d'enfant naturel, reçue par erreur par un officier public, lorsqu'elle se réfère à une filiation adultérine ou incestueuse. Devrait être infirmé, en cas de recours, par la Cour d appel et même par la Cour de cassation, tout jugement qui constaterait une semblable filiation.

En pareil cas, quelle est la situation de l'enfant ? Il est comme s'il n'avait pas été reconnu. Dès lors, il ne peut pas se prévaloir de l'acte de reconnaissance pour réclamer des aliments à ses parents et on ne peut pas se prévaloir contre lui de l'acte de reconnaissance pour réduire les libéralités dont il aurait été gratifié par ses parents, par application de l'article 908 du Code civil.

Moyen d'éluder la prohibition de la loi. — La prohibition établie par l'article 335 peut être éludée par le procédé des reconnaissances individuelles. Au cas de filiation adultérine, celui des deux parents qui est libre de tout lien matrimonial, peut reconnaître l'enfant ; cette reconnaissance sera valable. De même, lorsque la filiation est incestueuse, la reconnaissance de l'un des deux parents est licite puisqu'elle ne laisse pas apparaître le caractère incestueux de la naissance (1).

Critique de la loi. — Le régime auquel les rédacteurs du Code ont soumis les enfants adultérins et incestueux présente de nombreuses contradictions et aboutit sur plus d'un point à l'incohérence. La plus grave inconséquence que l'on puisse reprocher à l'œuvre du Code civil est la suivante : La loi a limité à des aliments le droit de l'enfant adultérin et incestueux dans la succession de leurs père et mère (art. 762 et suiv.) et elle fait défense de leur donner davantage par legs ou par donation entre vifs ; d'un autre côté, elle interdit de faire la preuve de la filiation adultérine

femme sont mis en cause, si l'enfant démontre sa filiation à l'égard de la femme, par témoins, et si le mari parvient à établir qu'il n'est pas le père de l'enfant, le tribunal devra rejeter la demande de l'enfant, même à l'égard de la mère, parce qu'il en résulterait la constatation d'une filiation adultérine.

(1) Que décider si l'enfant est reconnu ensuite par l'autre parent et que le rapprochement des deux reconnaissances fait apparaître le caractère adultérin ou incestueux de l'enfant ? la seconde reconnaissance est nulle, par application de l'article 335, mais la première est maintenue, d'après l'opinion générale. Que décider lorsque dans l'acte de reconnaissance fait par le parent non marié, on indique le nom de l'autre auteur qui est marié, ou avec lequel existe avec le premier un lien de parenté à un degré prohibé ? D'après la jurisprudence la reconnaissance est nulle. La reconnaissance est un aveu et comme lui elle est indivisible ; dans les termes dans lesquels elle est faite, elle constate une filiation adultérine ou incestueuse ; elle est nulle.

ou incestueuse. Il en résulte que les restrictions établies par la loi à l'égard des enfants adultérins et incestueux sont en pratique lettre morte.

Cas exceptionnels dans lesquels la filiation adultérine ou incestueuse est constatée légalement. — Il est cependant des cas exceptionnels dans lesquels la filiation adultérine ou incestueuse se trouve constatée légalement. Alors, les restrictions des articles 762 et suivants, et de l'article 908 du Code civil reçoivent leur application. Ces cas sont les suivants :

1° Un jugement, qui n'est plus susceptible d'être réformé par suite de l'expiration des délais d'appel, a admis par erreur la preuve d'une filiation adultérine ou incestueuse.

2° Un jugement accueille une action en désaveu du mari ; sauf, dans le cas où l'enfant est conçu avant le mariage, ce jugement constate la filiation adultérine de l'enfant désavoué.

3° Lorsqu'un mariage est annulé pour cause de bigamie ou d'inceste, les enfants nés de ce mariage ont leur filiation adultérine ou incestueuse constatée légalement, si la mauvaise foi des époux fait que le mariage ne peut être considéré comme mariage putatif.

CHAPITRE III. — LA LÉGITIMATION.

Définition. — La légitimation est une institution qui a pour but d'élever les enfants naturels à la situation d'enfants légitimes.

Seul procédé de légitimation. - Le mariage subséquent. — A la différence du droit romain, qui admettait trois procédés de légitimation, le mariage subséquent des père et mère, le rescrit impérial et l'oblation à la curie, et à la différence aussi de notre ancien droit qui. à côté des père et mère. connaissait les lettres de légitimation délivrées par la chancellerie royale, le Code civil n'admet qu'un seul moyen de légitimer les enfants naturels : le mariage subséquent des père et mère

Deux points à étudier. L'étude de la légitimation soulève les deux questions suivantes :

1° Quelles sont les conditions requises pour qu'il y ait légitimation ?

2° Quels sont les effets de la légitimation ?

Nous allons consacrer un paragraphe spécial à l'examen de ces deux questions.

§ 1. — Conditions de la légitimation.

Enumération. — La légitimation des enfants naturels est subordonnée à la réunion de trois conditions :

1° Il faut qu'il y ait reconnaissance antérieure ou concomitante au mariage ;

2° Il faut qu'il s'agisse d'un enfant naturel simple ;

3° Il faut qu'il y ait mariage des père et mère.

1re Condition : Reconnaissance antérieure ou concomitante au mariage — La première condition requise pour la légitimation est la reconnaissance de l'enfant naturel. soit avant le mariage soit dans l acte même de célébration (art 331 C. civ.). Une reconnaissance faite après la célébration du mariage serait insuffisante ; l'enfant qui en serait l objet resterait dans la situation d'enfant naturel. Et ses parents n'auraient aucun moyen de régulariser sa condition, par exemple. en se mariant une seconde fois. Un second mariage qu'ils feraient célébrer ne serait pas entaché de bigamie, mais il serait une formalité sans valeur et sans effet (1).

Ce résultat est fâcheux. Il serait désirable que l'on pût, dans ce cas, agir par voie de rectification d'acte de l'état civil, comme au cas de déclaration tardive de naissance, pour faire compléter l'acte de mariage par l'insertion de la reconnaissance de l'enfant.

2e Condition : Il faut qu'il s'agisse d'un enfant naturel simple. — Les enfants naturels simples peuvent seuls être légitimés. La loi interdit la légitimation des enfants adultérins et incestueux (art. 331). Cette prohibition paraît, au premier abord, superflue, puisque ces enfants peuvent être reconnus. Il était utile pourtant de l'indiquer, en raison des cas exceptionnels dans lesquels cette reconnaissance peut exister légalement.

De la jurisprudence en ce qui concerne les enfants incestueux. — Nous venons de dire que l'article 331 prohibait la légitimation des enfants incestueux. Mais, en fait, cette prohibition est lettre morte. La jurisprudence décide, en effet, d'une façon constante, depuis 1867 (2), que le mariage contracté avec dispenses, entre deux personnes qui sont parentes au degré prohibé, a pour effet

(1) Cass., 20 avril 1885, D. 86.1.23. L'enfant pourrait être adopté par ses père et mère.

(2) Cass., 22 janvier 1867, D. 67.1.1 ; note de M. Ch. Beudant, Cass., 27 janvier 1874, D. 74.1.216.

de légitimer les enfants naturels que ces personnes avaient eus avant le mariage. Les dispenses accordées par le chef de l Etat, en rendant le mariage possible, rend possible également la reconnaissance et la légitimation des enfants.

Cette solution peut s'expliquer par des considérations pratiques. Nous avons vu précédemment (1) que l'enfant qui est seulement conçu au moment du mariage est traité par la loi comme légitime, aux termes de l'article 314, bien que ses père et mère fussent parents au degré où le mariage est prohibé, si l'obstacle a été levé par des dispenses. D'autre part, les enfants qui naîtront après le mariage seront légitimes. Il serait bien rigoureux de rejeter en dehors de la famille, les enfants nés avant le mariage uniquement en raison de la date de leur naissance.

Malgré tout, cette jurisprudence est très critiquée par les auteurs pour les raisons suivantes (2) :

1° Elle est en opposition directe avec l'article 331 du Code civil.

2° Puisque c'est la dispense accordée par le Chef de l'Etat qui rend la légitimation possible, l'état des personnes se trouve dépendre de la volonté du pouvoir exécutif, contrairement aux principes généraux de notre droit d'après lesquels l'état des personnes est régi par la loi seule.

Peut-on légitimer un enfant naturel après sa mort ? — Nous avons vu plus haut (3) qu'on peut reconnaître un enfant naturel après sa mort, même s'il ne laisse pas de descendants. Au contraire, la légitimation d'un enfant naturel ne peut avoir lieu après sa mort que quand il laisse des descendants. Dans ce cas, elle profite à ces derniers (art. 332, C. civ.).

3ᵉ Condition : Mariage subséquent des père et mère. — Enfin, il faut que les père et mère de l'enfant naturel se marient ; en régularisant leur situation, la loi avoulu qu'ils régularisent en même temps celle de l'enfant. Il faut que ce mariage soit valable ; parce que, s'il s'était annulé,il ne produirait aucun effet,sauf dans le cas où il pourrait être considéré comme *putatif* en raison de la bonne foi de l'un des deux époux, ainsi que nous le verrons à propos du mariage, dans le titre III (art. 201 et 202, C. civ.).

(1) Page 241.
(2) Beudant, II, n° 652.
(3) Voir *suprà*, p. 261.

§ 2. — Des effets de la légitimation.

Assimilation des enfants légitimés aux enfants légitimes. L'effet de la légitimation tient en quelques mots. Elle assimile entièrement les enfants légitimés aux enfants légitimes (art. 333, C. civ.).

Comment la légitimation se produit-elle ? — La légitimation se produit de plein droit et sans rétroactivité. Développons ces deux points.

La légitimation se produit de plein droit. — Dès l'instant que les conditions de la légitimation sont réunies, la légitimation a lieu de plein droit, par l'effet même de la loi, sans qu'il soit nécessaire d'en faire mention dans l'acte de mariage, à l'insu des époux et sans qu'ils puissent l'empêcher par une clause contraire.

La légitimation opère sans rétroactivité. — La légitimation opère pour l'avenir ; c'est seulement à partir du mariage que l'enfant naturel sera assimilé à l'enfant légitime. Par conséquent, dans les successions ouvertes avant la célébration du mariage, il n'aura pas plus de droit que ceux d'un enfant naturel.

Sur ce point, la légitimation diffère de la reconnaissance. C'est que la reconnaissance, qui est un simple aveu, est déclarative de l'état de l'enfant, tandis que la légitimation crée une situation nouvelle, elle est véritablement attributive d'un état nouveau à l'enfant.

Constatation matérielle de la légitimation sur les registres de l'état civil. — La légitimation est constatée sur les registres de l'état civil par une mention inscrite en marge de l'acte de naissance de l'enfant légitimé (L. 17 août 1897, qui a complété l'art. 341, C. civ.).

TITRE III

DE L'ADOPTION

Définition. — L'adoption est une institution qui a pour but de constituer une famille et de procurer les joies d'une paternité fictive à celui qui n'a pas d'enfants, et qui ne peut plus raisonnablement espérer en avoir.

Historique. — L'adoption existait à Rome sous deux formes : l'adoption proprement dite. lorsque l adopté était *alieni juris* et l'adrogation lorsque l'adopté était *sui juris*.

Cete institution a été ignorée de notre ancien droit. Elle a été remise en vigueur par la loi du 18 janvier 1792 et elle a été consacrée par le Code civil.

Pratique peu fréquente. — L'adoption n'a plus aujourd'hui l'importance qu'elle avait en droit Romain ; elle est peu usitée en pratique ; et quand elle se produit, elle prend la forme d'un bienfait ; c'est un moyen pour un bienfaiteur d'attacher son nom à son obligé et de lui transmettre sa fortune.

Trois sortes d'adoption. — Le Code civil distingue trois sortes d'adoption : l'adoption ordinaire, l'adoption rémunératoire et l'adoption testamentaire.

Division du titre III. — Nous allons étudier dans trois chapitres :

Chapitre I. Les conditions requises pour les diverses sortes d'adoption ;

Chapitre II. Les règles de forme de chaque espèce d'adoption ;

Chapitre III. Les effets de l'adoption.

CHAPITRE Ier. — CONDITIONS REQUISES POUR LES DIFFÉRENTES SORTES D'ADOPTION.

Distinction nécessaire. — Les conditions requises par la loi sont différentes, suivant qu'il s'agit de l'adoption ordinaire, de l'adoption rémunératoire ou de l'adoption testamentaire.

a) Adoption ordinaire.

Sous-distinction nécessaire — Il y a des conditions à remplir par l'adoptant et des conditions exigées de l'adopté.

Conditions requises de l'adoptant. — L'adoptant doit remplir les conditions suivantes (art. 343, C. civ.) :

1° Il doit être âgé de plus de cinquante ans. Jusque-là on peut espérer qu'il ait des enfants par le mariage.

2° Il doit avoir au moins quinze ans de plus que l'adopté pour que l'adoption imite la nature.

3° Il ne doit avoir ni enfant, ni descendant légitime. Cela se conçoit, l'adoption ne doit pas nuire à la descendance légitime. La présence d'enfants naturels ou d'enfants adoptifs ne met pas obstacle à l'adoption.

4° Si l'adoptant est marié, il doit obtenir le consentement de son conjoint. Cette condition est requise pour que l'adoption ne soit pas une cause de brouille pour le ménage (ars. 344, § 2, C. civ.).

5° L'adoptant doit avoir donné à l'enfant, des secours ou des soins non interrompus pendant six ans au moins, à l'époque de sa minorité.

C'est pour remplir cette condition que la loi a réglementé la tutelle *officieuse*, ainsi appelée parce qu'elle est volontaire, par opposition à la tutelle ordinaire qui établit une charge publique obligatoire pour le tuteur (1).

6° L'adoptant doit jouir d'une bonne réputation (art. 355, C. civ.).

(1) Cette matière de la tutelle officieuse est réglée dans les articles 361 à 370. Cette institution est si peu usitée dans la pratique que nous ne croyons pas utile de l'étudier, nous bornant à renvoyer le lecteur aux articles du Code qui ne soulèvent d'ailleurs aucune difficulté.

Conditions requises de l'adopté. — L'adopté doit remplir les conditions suivantes (art. 346, C. civ.) :

1° L'adopté doit être majeur. La loi exige cette condition parce que l'adoption est un véritable contrat ; il faut donc que l'adopté soit en âge de donner son consentement en pleine connaissance de cause.

2° L'adopté ne doit pas avoir été adopté par une autre personne si ce n'est par le conjoint de celui qui veut l'adopter. On a voulu que l'adoption imite la nature : on ne peut pas plus avoir deux pères ou deux mères par l'adoption que par le mariage.

3° L'adopté doit avoir le consentement de son père et de sa mère jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans.

Au delà de cet âge, un acte respectueux suppléera au défaut de consentement.

Un enfant naturel reconnu peut-il être adopté par son père ou par sa mère ? — Cette question a été tranchée d'une façon qu'on peut considérer comme définitive, par la jurisprudence, dans le sens de l'affirmative depuis 1846.

Cette solution doit être approuvée ; nulle part, en effet, la loi n'interdit l'adoption des enfants naturels.

Cette solution est même nécessaire au point de vue pratique, elle supplée à la légitimation dans les cas où le mariage n'est pas possible, soit en raison du prédécès d'un des parents, soit en raison de son mariage avec une autre personne, soit en raison des convenances personnelles ou sociales.

On a objecté l'article 908 du Code civil. D'après cet article, l'enfant naturel ne peut recevoir par donation entre vifs plus que sa part de succession *ab intestat* ; or, si l'enfant naturel était adopté, il serait assimilé, au point de vue successoral, à un enfant légitime.

On a répondu avec raison qu'il n'en résulte aucune atteinte à l'article 908. Cet article vise le cas d'un enfant naturel ; or, une fois l'adoption effectuée, l'enfant cesse d'être naturel pour devenir adoptif et l'article 908 ne le concerne plus.

Observons toutefois qu'un enfant naturel ne peut pas être adopté en même temps par son père et par sa mère, en raison de l'article 344 § 1 qui déclare que nul ne peut être adopté par plusieurs, si ce n'est par deux époux.

Un enfant adultérin ou incestueux peut-il être adopté ? — Cette question ne se pose évidemment que dans les cas où, exceptionnellement, la filiation adultérine ou incestueuse est constatée lé-

galement. L'adoption doit être autorisée puisqu'elle n'est pas interdite par la loi. La jurisprudence n'a pas eu à se prononcer sur cette question depuis qu'elle a validé l'adoption des enfants naturels simples.

b) Adoption rémunératoire.

Définition. — L'adoption rémunératoire est celle qui est inspirée par un sentiment de reconnaissance de la part de l'adoptant à l'égard de l'adopté qui lui a sauvé la vie, soit dans un combat, soit en le retirant des flammes ou des flots, soit dans toute autre circonstance analogue (art. 345).

Conditions requises. — Dans ce cas, la loi se montre moins rigoureuse à certains égards que pour l'adoption ordinaire.

Ainsi, il n'est pas nécessaire que l'adoptant ait cinquante ans ; il suffit qu'il soit majeur ; on n'exige plus qu'il ait quinze ans de plus que l'adopté, il suffit qu'il soit plus âgé que lui ; enfin, on n'exige pas que l'adoptant ait donné des soins ou des secours à l'adopté pendant qu'il était mineur (art. 345, C. civ.).

c) Adoption testamentaire.

Définition. — L'adoption testamentaire est celle qui est faite par l'adoptant, dans son testament, au profit d'un enfant mineur dans la crainte de mourir avant qu'il ne soit parvenu à sa majorité.

Conditions requises. — Elles diffèrent de l'adoption ordinaire à trois points de vue (art. 366, C. civ.).

1° L'adopté doit être mineur, au lieu d'être majeur, comme d'ordinaire.

2° L'adoptant doit lui avoir donné des soins pendant sa minorité, *en tant que tuteur officieux*, et non pas à un titre quelconque, *pendant cinq ans*, et non pendant six ans.

3° Le consentement du conjoint de l'adoptant n'est pas nécessaire.

CHAPITRE II. — DES FORMES DE L'ADOPTION.

Des trois formalités de l'adoption. — Les formes de l'adoption consistent dans trois formalités successives :

Déclaration devant le juge de paix ;

Homologation du tribunal d'arrondissement et de la Cour d'appel ;

Transcription sur les registres de l'état civil.

1re Formalité : déclaration devant le juge de paix — L'adopté et l'adoptant se présentent devant le juge de paix du domicile de l'adoptant qui dresse acte de leur consentement respectif (art. 353, C. civ.).

A partir de ce moment, les parties sont engagées d'une façon irrévocable ; même la mort de l'adoptant ne l'empêcherait pas d'aboutir (art. 360, C. civ.)

2e Formalité : homologation successive par le tribunal civil et par la Cour d'appel. — La déclaration d'adoption est soumise successivement au tribunal d'arrondissement et à la Cour d'appel pour être homologuée. Le tribunal et la Cour examinent en chambre du Conseil, si toutes les conditions de l adoption sont remplies et si l'adoptant jouit d une bonne réputation ; ils recherchent également si les motifs de l'adoption sont honorables.

Le jugement du tribunal n'est jamais public ; même s'il est opposé à l adoption il doit être soumis à la Cour d'appel qui peut rendre une décision favorable. L'arrêt de la Cour d appel est prononcé en audience publique lorsqu'il autorise l adoption ; dans le cas contraire, il est rendu en chambre du Conseil, afin de ne pas nuire à la considération de l'adoptant.

Ni le jugement du tribunal, ni l'arrêt de la Cour d'appel, en quelque sens qu'ils soient rendus, ne sont motivés. Le tribunal se borne à dire : « il y a lieu » ou « il n'y a pas lieu à l'adoption » (art. 356). A son tour, la Cour d'appel prononce en ces termes : le jugement est confirmé ou le jugement est réformé, en conséquence, il y a lieu ou il n'y a pas lieu à adoption (art 357).

3e Formalité : transcription sur les registres de l'état civil. — Dans les trois mois qui suivent le prononcé de l'arrêt qui autorise l'adoption, l'acte d'adoption doit être transcrit sur le registre de l état civil du domicile de l'adoptant Cette transcription peut être requise par l'une ou l autre partie.

Sans cette transcription dans le délai ci-dessus, l'adoption est considérée comme non avenue (art. 359, C. civ.).

Forme particulière de l'adoption testamentaire. — L'adoption testamentaire est faite, comme son nom l'indique, dans le testament de l'adoptant ; ce testament peut être olographe, authentique ou mystique, peu importe. L'adoption testamentaire n'est pas soumise comme l'autre à l'homologation du tribunal et

de la Cour. Mais elle implique, comme l'autre, l'acceptation de l'adopté.

CHAPITRE III. — DES EFFETS DE L'ADOPTION.

Aucune différence entre les trois sortes d'adoption. — En ce qui concerne leurs effets, les trois sortes d'adoption ne diffèrent en aucune façon.

Enumération. — L'adoption produit les cinq effets suivants :

1° Elle confère à l'adopté le nom de l'adoptant qu'il ajoute au sien propre et qu'il transmet avec lui à ses descendants (article 347).

Si l'adoption est faite par une femme mariée, c'est son nom de jeune fille qui est porté par l'adopté.

Lorsque l'adoption est faite conjointement par le mari et par la femme, l'enfant joint à son nom, celui de son père adoptif et le nom de jeune fille de sa mère adoptive, en sorte qu il aura désormais trois noms.

2° Elle crée un empêchement au mariage entre l'adoptant et l'adopté, les descendants ou le conjoint de ce dernier, entre l'adopté et le conjoint ou les enfants, même adoptifs de l'adoptant (art. 348, C. civ.).

3° Elle rend commune à l'adopté et à l'adoptant l'obligation réciproque de se fournir des aliments en cas de besoin (art 359).

4° Elle confère à l'adopté sur la succession de l adoptant tous les droits qui appartiennent à un enfant légitime (art. 350, C. civ.).

5° Elle fait acquérir à l'adoptant un droit de retour légal à l'égard de l'adopté et de ses descendants. On entend par là le droit par l'adoptant de reprendre dans la succession de l adopté ou de ses descendants, morts sans postérité, les biens qu'il lui avait donnés et qui se retrouvent en nature (art 351 et 352). Nous reviendrons sur ce droit au titre des successions

A cela se borne le droit de l adoptant dans la succession de l'adopté

Effets non produits par l'adoption moderne. — L'adoption ne fait pas passer l'adopté de sa famille naturelle dans sa famille adoptive, comme l'adoption romaine de l'époque classique. L'adopté reste dans sa famille naturelle ; il y conserve tous ses droits et toutes ses obligations. Il reste soumis à la puissance

paternelle de son père naturel, notamment au point de vue du consentement au mariage. L'adoptant n'a pas sur lui à cet égard, les attributs de la puissance paternelle. Aucun lien de parenté ne s'établit entre l'adopté et la famille de l'adoptant, ni entre l'adoptant et les parents de l'adopté ; par conséquent, ni le droit aux aliments, ni le droit de succession n'existent entre ces différentes personnes (1).

(1) Cependant la jurisprudence admet que les enfants de l'adopté succèdent, au même titre que lui, à l'adoptant. Cette solution est généralement critiquée.

TITRE IV

***DE L'OBLIGATION ALIMENTAIRE

Définition. — L'obligation alimentaire est l'obligation réciproque que la loi impose aux parents et aux alliés les plus proches de se venir mutuellement en aide lorsqu'ils sont dans le besoin.

Fondement rationnel. — L'obligation alimentaire n'est autre chose que le devoir naturel d'assistance envers les proches parents dont la loi a fait une véritable obligation juridique à la charge de la famille.

On a essayé de la rattacher au droit de succession, dont elle formerait la contre-partie. Mais nous verrons que cette idée n'est pas exacte, puisque la dette alimentaire existe entre certaines personnes qui n'héritent pas les unes des autres, notamment les alliés.

Division du titre IV. — Nous consacrerons à l'étude de l'obligation alimentaire trois chapitres :

Chapitre Ier. Entre quelles personnes elle est due ? Quand elle cesse ?

Chapitre II. Des conditions d'exigibilité de l'obligation.

Chapitre III. De l'objet et du montant de l'obligation.

CHAPITRE Ier. — ENTRE QUELLES PERSONNES EXISTE L'OBLIGATION ALIMENTAIRE ? QUAND ELLE CESSE ?

Personnes entre lesquelles existe l'obligation alimentaire. — *Enumération.* — L'obligation alimentaire existe :

Entre certains parents ;

Entre certains alliés ;

Entre époux ;

Entre l'adoptant et l'adopté ;

A la charge du donataire.

a) *Obligation alimentaire entre parents.* — L'obligation alimentaire n'existe pas entre les parents en ligne collatérale ; ainsi un frère ne peut être contraint à fournir des aliments à son frère ou à sa sœur. La dette alimentaire n'existe qu'entre les parents en ligne directe.

Entre ces parents, l'obligation alimentaire existe à l'infini, quel que soit le degré, lorsque la parenté est légitime (art. 205, C. civ.).

Entre parents naturels, l'obligation alimentaire existe au premier degré seulement, entre l'enfant naturel et ses père et mère qui l'ont reconnu (1).

Lorsque, par exception, la filiation adultérine ou incestueuse est établie, elle fait naître entre le père et la mère d'une part, et l'enfant d'autre part, une dette d'aliments (art. 762 à 764, C. civ.).

b) *Obligation alimentaire entre alliés.* — Entre alliés, l'obligation alimentaire est établie par la loi dans les rapports entre le gendre et la belle-fille, le beau-père et la belle-mère (art. 286).

Des termes limitatifs de cet article on doit conclure :

1° Qu'entre alliés, l'obligation alimentaire ne va pas au delà du premier degré. Ainsi, le mari n'est pas tenu de la dette alimentaire à l'égard du grand-père de sa femme, et réciproquement.

2° Que l'obligation alimentaire n'existe pas entre parâtre et marâtre d'une part et filiâtre (2), d'autre part.

c) *Obligation alimentaire entre époux.* — De leur vivant, les époux se doivent mutuellement des aliments. C'est une conséquence du devoir de secours qui résulte du mariage et dont nous avons parlé plus haut (art. 312).

(1) Cette solution ne résulte pas d'un texte de loi ; on la déduit logiquement de la solution donnée par la loi à l'égard des enfants adultérins et incestueux. Si l'obligation alimentaire existe à l'égard de ces derniers, *à fortiori* doit-on l'admettre pour les enfants naturels simples. Notons cependant que dans le cas de l'article 337, la dette d'aliments cesse. Voir *suprà*, p. 274.

(2) Lorsqu'une femme ayant des enfants d'un premier lit se remarie, son nouveau mari est le *parâtre* de ces enfants, et ceux-ci sont filiâtres ; on dit plus couramment : beau-père et beau-fils ou belle-fille. Lorsque c'est un homme ayant des enfants d'un premier lit qui se remarie, sa nouvelle femme est la *marâtre* de ces enfants et ceux-ci sont ses filiâtres ; on dit aussi plus couramment ; belle-mère, beau-fils ou belle-fille.

Lorsque l'un des époux vient à mourir, sa succession est tenue de l'obligation alimentaire envers le survivant (art. 285 modifié par la loi du 9 mars 1891). Nous développerons ce point au titre des successions.

d) *Obligation alimentaire entre l'adoptant et l'adopté.* — Cette obligation qui résulte du contrat d'adoption est personnelle à l'adoptant et personnelle à l'adopté ; elle ne s'étend pas aux ascendants de l'adoptant, ni aux descendants de l'adopté (art. 349).

e) *Obligation alimentaire à la charge du donataire.* — Le donataire est tenu à fournir des aliments à son donateur ; c'est une conséquence du devoir de reconnaissance qui résulte à sa charge de la libéralité dont il a été gratifié. Nous verrons plus tard que la sanction de cette obligation est très rigoureuse c'est la révocation de la donation pour ingratitude (art 915, C. civ.). Il va de soi que, dans ce cas, l obligation alimentaire existe sans réciprocité.

Quand cesse l'obligation alimentaire ? — Il faut distinguer, suivant qu'il s'agit des parents ou des alliés.

a) *Obligation alimentaire entre parents.* — Entre parents, c'est-à-dire nous l'avons vu entre ascendants et descendants, l'obligation alimentaire ne cesse jamais d'exister, quel que soit l'âge des ascendants ou celui des descendants, quels que soient les griefs que les ascendants puissent invoquer contre leurs descendants (1).

On a soutenu cependant (2) que l'obligation alimentaire prenait fin pour les causes qui rendent un héritier indigne de succéder à un parent, aux termes de l'article 727 du Code civil. Cette solution s'appuie sur l'idée qu'il existe une corrélation étroite entre la dette alimentaire et le droit de succession. Cette opinion doit être rejetée : nous avons vu que la donnée qui lui sert de base était inexacte (3).

b) *Obligation alimentaire entre alliés.* — Entre alliés, l'obligation alimentaire cesse dans deux cas (art. 206, C. civ.) :

1° Lorsque la belle-mère (4) a convolé en secondes noces : elle perd le droit de réclamer des aliments à son gendre ou à sa bru.

(1) Même si c'est par leur faute, par paresse, mauvaise conduite, prodigalité qu'ils se sont mis dans le besoin.

(2) Aubry et Rau, VI, p. 107.

(3) Dans ce sens, Beudant, II, n° 372 ; Planiol, I, n° 2070.

(4) Ce texte est exceptionnel, il faut l'entendre restrictivement ; il ne faut donc pas appliquer au beau-père la solution que la loi n'a donnée que pour la belle-mère. D'ailleurs il n'y a pas identité de motifs.

Cela se comprend, en se remariant, elle trouve dans son nouveau mari un protecteur naturel, qui doit subvenir à ses besoins ; d'autre part elle perd son indépendance ; la pension alimentaire que lui paierait son gendre ou sa belle-fille serait versée à son mari et elle n'en aurait pas la libre disposition, ni peut-être même le profit.

2° Lorsque celui des époux qui produisait l'alliance et les enfants issus de son union avec l'autre époux sont décédés.

On considère que l'époux n'est plus rattaché à la famille de son conjoint ; l'alliance est en quelque sorte rompue par la mort ; l'obligation alimentaire n'a plus de fondement rationnel.

Dans ce second, cas il n'est pas douteux que l'extinction de l'obligation alimentaire soit réciproque. Mais que décider au cas de convol de la belle-mère en secondes noces. Elle ne peut plus réclamer d'aliments à son gendre ou à sa bru, mais ces derniers conservent-ils le droit de lui en réclamer en cas de besoin ?

La question est controversée ; mais l'opinion qui prévaut est que le droit du gendre ou de la bru subsiste malgré le mariage de la belle-mère. Le 1er alinéa de l'article 206 contient une déchéance dirigée contre la belle-mère, en raison de son nouveau mariage, il faut l'interpréter restrictivement.

CHAPITRE II. — DES CONDITIONS D'EXIGIBILITÉ DE L'OBLIGATION ALIMENTAIRE.

Réunion de deux circonstances. — Pour que l'obligation alimentaire puisse être réclamée il faut que deux circonstances se trouvent réunies :

1° Que celui qui en demande l'exécution soit dans le besoin ;

2° Que celui à qui elle est réclamée soit en situation d'exécuter l'obligation alimentaire.

L'état d'indigence du demandeur et l'état de fortune du défendeur sont appréciés souverainement par les juges du fait.

Ordre à suivre entre les différents débiteurs de l'obligation alimentaire. — Il peut arriver que le créancier de la dette alimentaire ait en face de lui plusieurs débiteurs, son conjoint, ses parents, ses alliés ; en pareil cas peut-il leur demander à tous l'obligation alimentaire, ou ne peut-il la réclamer aux uns qu'à défaut des autres ?

La loi n'a établi aucun ordre entre les débiteurs de l'obligation

alimentaire. On admet, cependant, qu'il y a lieu d'établir entre eux la hiérarchie suivante :

1° L'époux, c'est à lui en première ligne qu'incombe l'obligation alimentaire ;

2° Les descendants, en observant à leur égard la règle de la proximité du degré : d'abord le fils, puis le petit-fils, ainsi de suite ;

3° Les ascendants, dans la ligne paternelle et dans la ligne maternelle, en les classant entre eux d'après le degré de parenté : le père, le grand-père, le bisaïeul, etc. ;

4° Le gendre ou la bru ;

5° Le beau-père et la belle-mère.

D'ailleurs, les tribunaux ne sont pas rigoureusement tenus d'observer à la lettre cette hiérarchie ; ce n'est pour eux qu'une indication qui peut les guider dans les cas les plus ordinaires. Mais ils sont libres de s'en écarter lorsque les circonstances l'exigent. Exemple : le père du réclamant est très riche, tandis que son fils a une modeste aisance, il est évident qu'en pareil cas, le tribunal pourra faire supporter la pension alimentaire à l'ascendant de celui qui la réclame et en dispenser le descendant.

L'obligation alimentaire est-elle solidaire ? Est-elle indivisible ? — Il peut se faire, malgré la hiérarchie indiquée plus haut, que le créancier de l'obligation alimentaire ait le droit d'en réclamer l'exécution à plusieurs personnes : par exemple, lorsqu'il y a plusieurs parents au même degré, soit plusieurs enfants, en pareil cas, peut-il poursuivre un seul d'entre eux et lui réclamer le montant, le total de l'obligation, sauf à celui-ci à se retourner ensuite contre les autres pour se faire rembourser par eux leur part et portion dans la dette ?

Pour qu'il en fût ainsi, il faudrait considérer l'obligation alimentaire comme solidaire ou indivisible.

Or, elle n'est pas solidaire. Car il n'y a pas de texte établissant un lien de solidarité entre les différents débiteurs d'une obligation alimentaire.

Elle n'est pas non plus indivisible. « Sans doute, on ne vit pas pour partie ; sans doute, la vie est indivisible ; mais on vit plus ou moins bien ; en tous cas, les aliments, surtout payés en argent, sont divisibles (1). »

Il faut en conclure que la poursuite doit être dirigée contre

(1) Beudant, II, n° 373.

tous les débiteurs tenus en même temps de l'obligation alimentaire et que chacun d'eux sera tenu de l'acquitter individuellement, en proportion de ses facultés.

L'obligation alimentaire est-elle transmissible aux héritiers ? – Cette question doit être examinée au regard du créancier et au regard du débiteur de l'obligation alimentaire.

Le créancier de l'obligation alimentaire meurt ; transmet-il sa créance à ses héritiers ? non évidemment. C'est un droit inhérent à la personne, qui tient à sa qualité propre et qui s'éteint avec elle.

On doit, pour identité de motifs, donner la même solution à l'égard du débiteur. Sa mort met fin à la dette alimentaire ; il ne la transmet pas à ses héritiers.

La jurisprudence est fixée dans ce sens, mais la question est controversée en doctrine (1).

CHAPITRE III. — DE L'OBJET ET DU MONTANT DE LA PENSION ALIMENTAIRE.

Sens du mot aliment. — Paiement en argent. — Le mot aliment ne comprend pas seulement la nourriture ; il doit s'entendre aussi du logement, du vêtement et, d'une façon générale, de tout ce qui est nécessaire à l'existence.

En principe, la dette alimentaire doit être acquittée en argent ; elle consiste généralement dans une rente, payable d'avance, soit par mois, soit par trimestre ; d'où le nom de pension alimentaire qui lui est donnée dans la pratique.

Montant de la pension alimentaire. — Sa variabilité. — Le montant de la pension alimentaire est fixé par le tribunal en tenant compte des deux éléments qui rendent exigible la dette d'aliments : l'étendue du besoin de celui qui réclame et la consistance de la fortune de celui qui est poursuivi (art. 288, C. civ.).

Comme ces deux éléments sont de nature à varier constamment la pension alimentaire elle-même est essentiellement variable. La décharge ou la réduction peut en être demandée au tribunal, soit parce que celui qui fournit les aliments ne peut plus en donner

(1) Aubry et Rau, VI, p. 100, note 10. Dans deux cas cependant l'obligation alimentaire incombe à la succession de celui qui en est tenu : C'est le cas du conjoint survivant (art. 205) et de l'enfant adultérin ou incestueux (art. 762 à 764, C. civ.).

du tout ou ne peut plus en donner autant, soit parce que celui qui les reçoit n'en a plus besoin. en tout ou en partie (art. 209) (1). En sorte qu'en cette matière tout est provisoire et les jugements n'ont pas autorité de chose jugée. en ce sens que le montant de la pension peut toujours être remis en question.

Cas exceptionnel où la dette alimentaire peut être exécutée en nature. — Dans deux cas, le débiteur de la dette alimentaire peut être autorisé par le tribunal à l'exécuter en nature, en prenant chez lui le créancier d'aliments, qu'il logera, nourrira et entretiendra :

1° Lorsqu'il justifie qu'il ne peut payer la pension alimentaire en argent (art. 210, C. civ.).

2° Lorsque c'est le père ou la mère qui demandent à s'acquitter de cette façon de leur obligation, même s'ils sont en situation de payer en argent (art. 211, C. civ.).

Les tribunaux ont un pouvoir souverain pour trancher la question en s'inspirant des circonstances de fait.

(1) Ce texte ne parle que de suppression ou de réduction de la pension alimentaire, mais il n'est pas douteux que, dans le cas inverse, la pension alimentaire pourrait être augmentée par les tribunaux.

TITRE V

DE LA PUISSANCE PATERNELLE

Notions préliminaires.

Définition. — Dans sa conception moderne, la puissance paternelle ou l'autorité paternelle est l'ensemble des droits conférés par la loi au père et à la mère sur la personne et sur les biens de leurs enfants pour les soutenir et les protéger jusqu'à l'âge où ils pourront se diriger eux-mêmes dans la vie.

Evolution historique. — *En droit romain*, la *patria potestas* était une institution politique qui concentrait tous les droits sur la tête du *paterfamilias* et qui mettait toutes les obligations à la charge des enfants. Cette puissance était confiée, non au père lui-même, mais à l'ascendant le plus âgé ; elle n'appartenait jamais à la mère, et elle durait toute la vie de l'enfant.

Dans notre ancien droit, les pays du midi avaient conservé la puissance paternelle des Romains avec ses caractères essentiels, quoiqu'avec de notables adoucissements.

Au nord, au contraire, dans les pays de coutumes, on disait « droit de puissance paternelle n'a lieu ». L'autorité que le père ou la mère exerçait sur les enfants était un pouvoir de protection établi dans leur intérêt et prenait fin à leur majorité.

Les *rédacteurs du Code civil* ont adopté en cette matière le point de vue de notre ancien droit coutumier et pour bien marquer à cet égard l'abandon des traditions romaines, ils ont remplacé l'expression « puissance paternelle » (1), par celle « d'autorité paternelle ».

L'idée qui se dégage de leur œuvre est que « l'autorité paternelle n'est plus un droit que le chef de famille exerce dans son

(1) L'expression a cependant été maintenue par inadvertance dans la rubrique du titre IX. Locré, VII, p. 21 et suiv.

propre intérêt ou dans l'intérêt d'un rôle politique ; elle est une mission qu'il remplit dans l'intérêt de l'enfant ; elle n'a plus pour fondement le droit du père, mais celui de l'enfant (1) ».

Cette conception s'est encore accentuée depuis cette époque ; tandis que, pendant longtemps, on ne s'était préoccupé que du droit du père de famille ; dans les temps modernes, on s'est surtout attaché à affirmer le droit de l'enfant et on s'est efforcé de le défendre contre les abus d'autorité dont il pourrait être victime de la part de ses protecteurs naturels. Ce sont d'abord les tribunaux judiciaires qui se sont institués les gardiens vigilants des intérêts de l'enfant, en exerçant un contrôle supérieur sur les actes de l'autorité paternelle. Le législateur est intervenu à son tour ; son action a été surtout très fréquente depuis une vingtaine d'années. Nombreuses sont les lois qui, pendant cette période, ont pris en mains la défense de l'enfant en imposant de nouvelles charges ou des limitations nouvelles à l'autorité paternelle. Il nous suffira de citer : la loi du 28 mars 1882 sur l'enseignement obligatoire, la loi du 24 juillet 1889 sur la déchéance de la puissance paternelle, et les nombreuses lois ouvrières qui ont réglé le travail des enfants dans l'industrie, notamment celle du 2 novembre 1902.

Division du titre V. — Nous consacrerons cinq chapitres à l'étude de la puissance paternelle :

Chapitre Ier. A qui appartient la puissance paternelle ?
Chapitre II. Des attributs de la puissance paternelle.
Chapitre III. Extinction de la puissance paternelle.
Chapitre IV. Déchéance de la puissance paternelle.
Chapitre V. De la puissance paternelle des père et mère naturels.

CHAPITRE Ier. — A QUI APPARTIENT LA PUISSANCE PATERNELLE.

Principe : prédominance du père pendant le mariage. — La puissance paternelle appartient en commun au père et à la mère (art. 372) (2). Mais, comme il était impossible qu'elle fût exercée concurremment par tous les deux, la loi en a confié l'exer-

(1) Beudant, II, n° 694.
(2) « Il (l'enfant) reste sous *leur* autorité... »

cice exclusif au père durant le mariage (art. 373) ; solution rationnelle ; il fallait dans la famille un chef pour assurer l'unité de direction aux affaires du ménage, et il était naturel que ce chef fût le mari.

C'est là une règle d'ordre public que les époux ne pourraient pas modifier par une clause contraire insérée dans le contrat de mariage (art. 1388, C. civ.).

En définitive, tant que dure le mariage, la part de la mère dans l'exercice de l'autorité paternelle est juridiquement nulle (2). « Son rôle se borne à une sorte de collaboration officieuse ; elle a, en outre, un droit de contrôle, en vertu duquel elle peut provoquer l'intervention de justice, soit pour contraindre le père à l'accomplissement des devoirs de paternité, soit au cas de désaccord entre elle et lui, quant à la direction à donner à l'éducation de l'enfant et à l'administration des biens, pour qu'il soit statué judiciairement (1). »

Cas où l'exercice de la puissance paternelle passe à la mère. — L'exercice de la puissance paternelle est dévolu à la mère dans les cas suivants :

1° Lorsque le père est décédé.

2° Lorsque le père est absent (art. 141, C. civ.).

3° Lorsque le père est dans l'impossibilité d'exercer son autorité, parce qu'il est interdit judiciaire ou interdit légal.

4° Lorsque le père a été déchu de la puissance paternelle, pour les causes et dans les conditions que nous ferons connaître plus loin. Dans ce cas, c'est le tribunal qui décide si la puissance paternelle sera exercée par la mère ou s'il y aura ouverture de la tutelle (art. 9, loi du 24 juillet 1889).

Influence du divorce et de la séparation de corps. — En cas de divorce et de séparation de corps la garde de l'enfant est généralement confiée à celui des deux époux qui a obtenu le divorce. Cependant le tribunal est autorisé à l'attribuer, soit à l'autre époux, soit à une tierce personne.

Lorsque la garde de l'enfant est confiée au père, la situation antérieure subsiste ; il concentre entre ses mains tous les attributs de la puissance paternelle. Au contraire, lorsqu'elle est donnée à la mère, la puissance paternelle est démembrée ; la plupart de

(1) Cependant le consentement de la mère est indispensable pour l'adoption de l'enfant jusqu'à vingt-cinq ans ; sur ce point, l'autorité du père ne l'emporte pas (art. 346, C. civ.).

(2) Beudant, II, n° 755.

ses attributs passent à la mère en même temps que le droit de garde ; quelques-uns cependant restent au mari, suivant des distinctions que nous établirons dans la suite.

Quelle que soit d'ailleurs la personne à laquelle les enfants sont confiés, les père et mère conservent respectivement le droit de surveiller l'entretien et l'éducation de leurs enfants (art. 304, C. civ.).

Droit des ascendants. — Du vivant des père et mère, les ascendants n'ont le droit d'exercer aucune autorité à l'égard de leurs descendants. Cependant les tribunaux estiment que le devoir de respect et d'honneur établi par l'article 371 existe à leur égard à la charge des descendants (2). De nombreux arrêts ont décidé en conséquence que les père et mère ne pouvaient empêcher les petits-enfants de correspondre avec leurs grands-parents et de leur rendre visite.

Quand les père et mère sont décédés, les ascendants ont la tutelle de leurs descendants et ils ont le droit de consentir à leur mariage (art. 402 et 150, C. civ.).

CHAPITRE II. — DES ATTRIBUTS DE LA PUISSANCE PATERNELLE.

Enumération. — *Définition.* — On entend par attributs de la puissance paternelle l'ensemble des obligations qui incombent au père et à la mère et des prérogatives qui leur appartiennent pour remplir leur mission de protection à l'égard de leurs enfants.

Enumération. — On peut les ramener à cinq :

1° L'obligation d'entretien et d'éducation ;

2° Le droit de garde ;

3° Le droit de correction ;

4° L'administration légale ;

5° La jouissance légale.

Les trois premiers sont relatifs à la personne, et les deux autres aux biens personnels qui peuvent appartenir à l'enfant.

(1) Aix, 12 novembre 1890, S. 91.2.25.
(2) Cass., 12 février 1894, D. 94.1.218.

§ 1. — Obligation d'entretien et d'éducation.

Obligation d'entretien. — L'entretien de l'enfant, auquel les père et mère sont tenus de pourvoir, comprend tout ce qui est indispensable à son existence matérielle, nourriture, logement, vêtement, etc.

Cette obligation est consacrée par l'article 203 dans des termes qui ont été critiqués. « Les époux contractent ensemble, par le seul fait du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir, élever leurs enfants. »

On a fait observer que cette obligation ne résultait pas du mariage, mais du fait de la procréation, attendu qu'elle incombe également aux père et mère naturels.

Les expressions « les époux contractent ensemble » veulent dire que cette obligation est commune au père et à la mère ; de telle sorte que si le père n'a pas les ressources nécessaires pour pourvoir à l'entretien de l'enfant, la mère doit y subvenir avec sa fortune personnelle.

Obligation d'éducation. — L'éducation s'entend de l'ensemble des soins que les père et mère doivent donner à l'enfant pour former son caractère et pour développer ses facultés morales et intellectuelles.

Dans cet ordre d'idées rentrent : l'instruction et le choix d'une religion.

Au point de vue de l'instruction, la loi du 28 mars 1882 a imposé aux parents l'obligation d'assurer un minimum de savoir à l'enfant en leur faisant un devoir de les envoyer à l'école primaire de six ans à treize ans, sous des peines précises.

Cependant, les parents n'ont pas l'obligation juridique d'établir leurs enfants, en leur constituant une dot ou en leur donnant une profession ou une position (art. 204, C. civ.). C'est pour eux une pure obligation morale.

Remarques. — 1° L'obligation d'entretien et d'éducation établie par l'article 203 ne doit pas être confondue avec l'obligation alimentaire dont nous avons parlé plus haut. En effet, cette obligation apparaît à la naissance de l'enfant et prend fin à sa majorité, tandis que l'obligation alimentaire commence à recevoir son application à partir de la majorité de l'enfant, alors que la première a cessé d'exister.

2° L'obligation d'entretenir et d'élever les enfants n'incombe

aux père et mère que d'une façon subsidiaire, lorsque les enfants n'ont pas de fortune personnelle. Dans le cas contraire, en effet, les frais de nourriture, d'entretien et d'éducation doivent être prélevés sur les revenus des enfants (art. 385, C. civ.).

§ 2. — Droit de garde.

En quoi il consiste. — Le droit de garde consiste pour le père à fixer la résidence de l'enfant. Ce dernier est obligé de se conformer sur ce point à sa volonté sous peine d'y être contraint par l'emploi de la force (art. 374, C. civ.).

Le droit de garde est le corollaire indispensable du devoir d'entretien et d'éducation.

Conséquences juridiques qui se rattachent au droit de garde. — On peut rattacher au droit de garde :

1° La disposition du Code civil qui attribue comme domicile légal à l'enfant le domicile de son père (art. 108).

2° Le droit de consentir au contrat d'apprentissage de l'enfant, décret-loi du 25 février 1851 (art. 3).

3° Le droit d'autoriser l'enrôlement volontaire.

Cependant, à l'âge de vingt ans, l'enfant peut s'enrôler sans le consentement du père (art. 50, loi du 21 mars 1905) (1).

Effet du divorce et de la séparation de corps sur le droit de garde. — En cas de divorce ou de séparation de corps la garde de l'enfant peut être enlevée au père pour être attribuée à la mère, si le jugement a été rendu en sa faveur ou si l'intérêt de l'enfant l'exige (art. 302, C. civ.).

§ 3. — Droit de correction.

Définition. — Le droit de correction est le droit pour le père de faire enfermer son enfant dans une maison de correction, lorsqu'il lui donne des sujets de mécontentement très graves (art. 375, C. civ.).

Cette prérogative est le complément indispensable du devoir d'éducation qui incombe au père.

(1) Le Code civil (art. 374) disait « dix-huit ans ». On peut y rattacher aussi la responsabilité civile qui incombe au père pour les délits de ses enfants mineurs (art. 1384).

Des deux modes d'exercice du droit de correction. — Le droit de correction peut être exercé de deux façons : par voie d'autorité ou par voie de réquisition.

Le droit de correction est exercé par voie d'autorité lorsque le président du tribunal est obligé de délivrer au père l'ordre d'incarcération lorsqu'il le demande (1).

Le droit de correction est exercé par voie de réquisition lorsque le président du tribunal. après avoir conféré avec le procureur de la République et avoir entendu les explications de l'enfant, est libre d'accorder ou de refuser l'ordre d'incarcération qui lui est demandé.

Dans le premier cas, la durée de l'emprisonnement ne peut excéder un mois, dans le second cas, elle ne peut dépasser six mois.

Du droit de correction exercé par le père. — *Par voie d'autorité.* — Le père exerce le droit de correction par voie d'autorité lorsque l'enfant a moins de seize ans commencés (art. 376, C. civ.).

2° *Par voie de réquisition.* — Il exerce le droit de correction par voie de réquisition depuis l'âge de seize ans commencés (art. 377).

En outre, même à l'égard de l'enfant âgé de moins de seize ans, il ne peut agir que par voie de réquisition dans trois cas :

a) Lorsque le père est remarié ; on craint l'influence de la marâtre (art. 381).

b) Lorsque l'enfant a des biens personnels ; on craint que le père n'agisse dans une pensée de dissipation.

c) Lorsque l'enfant a un état ; pour ne pas compromettre à la légère son avenir (art. 382).

Du droit de correction exercée par la mère. — Lorsque la mère exerce la puissance paternelle, elle ne peut user du droit de correction que par voie de réquisition et avec le concours des deux plus proches parents paternels. Si elle est remariée, le droit de correction lui est enlevé tout à fait (art. 381).

(1) Cependant en pratique, dans beaucoup de tribunaux, le président examine si le père a des sujets de mécontentement très graves comme l'indique l'article 375. Dans le cas contraire, il refuse l'ordre d'incarceration. La loi est ainsi tournée habilement.

§ 4. — ** De l'administration légale.

Distinction entre l'administration légale et la tutelle. — Tant que le père et la mère vivent, il y a puissance paternelle et rien que puissance paternelle. La tutelle ne s'ouvre que par la mort du père et de la mère.

Rarement, du vivant de son père et de sa mère, l'enfant aura des biens personnels. Le fait peut se présenter cependant, s'il a été gratifié d'un don ou d'un legs par un parent, ou s'il a hérité d'un frère de beaucoup plus âgé que lui En pareil cas, il y a lieu à l'administration légale de ces biens par le père.

Laconisme du Code. Points certains — La réglementation de la loi sur ce point est très brève. L'article 389 se borne à déclarer que le père est, durant le mariage, administrateur des biens personnels de ses enfants mineurs.

D'où la question se pose de savoir s'il faut étendre à l'administration légale toutes les règles de la tutelle.

Il est un certain nombre de points certains qu'il faut avoir soin de dégager tout d'abord.

1° Sous le régime de l'administration légale, il n'existe ni conseil de famille. ni subrogé tuteur, ni hypothèque légale, comme en matière de tutelle.

2° Le père administrateur légal, agit aux lieu et place de l'enfant. et le représente, comme le tuteur, dans tous les actes qui concernent son patrimoine.

3° Le père administrateur légal est comptable des biens de l'enfant, au même titre que le tuteur. En conséquence, quand il prend possession de ses biens, il doit en faire dresser inventaire et quand ses fonctions cessent, il doit rendre compte de son administration à l'enfant en lui restituant ses biens (art. 389, § 2) (1).

4° En cas de conflit entre les intérêts du père et de l'enfant, il y a lieu à désigner un administrateur légal *ad hoc* pour représenter l'enfant. D'après l'opinion générale, il est nommé par le tribunal civil. en chambre du Conseil.

5 Celui qui donne ou lègue des biens à un enfant mineur peut valablement y mettre comme condition que les biens ne seront pas soumis au pouvoir d'administration du père. L'administration

(1) Cependant la question se pose de savoir si les articles 472, 474 et 475 s'appliquent à l'administration légale. La négative est généralement enseignée.

légale n'est donc pas un attribut de la puissance paternelle comme les trois premiers.

Etendue des pouvoirs de l'administrateur légal. — Controverse. — Solutions de la jurisprudence — La controverse est, au contraire, très vive de savoir quelle est l'étendue des pouvoirs du père administrateur légal. Voici à cet égard quelles sont les solutions consacrées par la jurisprudence ;

1° Le père administrateur légal peut faire librement tous les actes d'administration, tels que : donner à bail les immeubles de l'enfant, toucher ses revenus, toucher ses capitaux et en faire emploi, exercer ses actions en justice, etc. (1) ;

2° Il peut aussi disposer des valeurs mobilières appartenant à l'enfant, et il n'est pas tenu, comme le tuteur, de convertir les titres au porteur en titres nominatifs. Il a été dit formellement dans l'élaboration de la loi du 27 février 1880 que les dispositions de cette loi étaient étrangères à l'administration légale du père (2).

En ce qui concerne les meubles corporels, il est certain que l'administrateur légal peut vendre des récoltes, disposer des meubles sujets à dépérissement sans avoir besoin d'être autorisé. Mais en dehors de là, quels sont les pouvoirs du père ? la jurisprudence est hésitante ; mais il paraît logique d'autoriser le père à aliéner les meubles corporels avec la même liberté que les meubles incorporels.

3° Enfin, il ne peut, sans être autorisé par le tribunal civil en chambre du Conseil, aliéner les immeubles de l'enfant, les hypothéquer ou les grever de servitudes.

Influence de la séparation de corps et du divorce sur l'administration légale. — La séparation de corps est sans influence sur l'administration légale du père. Mais que décider en cas de divorce ? Il semble à la lecture de l'article 389 (3), que le divorce dût y mettre fin puisqu'il dissout le mariage. Cependant, l'opinion générale est que, par ces mots « durant le mariage », les rédacteurs du Code ont fait allusion à la mort de l'un des époux ; donc, le divorce laisse subsister l'administration légale et ne donne pas ouverture à la tutelle.

(1) Bourges, 11 février 1863, D. 64.5.305 ; Cass., 3 juin 1867, D. 68.1.27; Amiens, 1er mars 1883, D. 84 2.150.
(2) Amiens, 11 juin 1890, D. 91.2.335.
(3) « Le père est *durant le mariage...* »

§ 5. — ** De la jouissance légale.

Définition. — La jouissance légale est le droit pour celui des deux parents qui exerce la puissance paternelle de percevoir les revenus de l'enfant et de s'approprier définitivement la portion de ces revenus qui excède les frais d'administration et les dépenses d'entretien et d'éducation de l'enfant.

Caractère particulier. — La jouissance légale diffère essentiellement des autres attributs de la puissance paternelle ; ce droit constitue un profit purement pécuniaire établi par la loi au profit de celui qui exerce l'autorité paternelle, tandis que les quatre autres attributs n'ont pour but que la protection de l'enfant et sont pour le père et la mère plutôt des droits véritables.

Nous verrons d'ailleurs que, pas plus que l'administration légale, elle ne constitue un attribut essentiel de l'autorité paternelle.

Origine historique. — La jouissance légale se rattache à la fois au droit romain et à notre ancien droit coutumier (1).

En droit romain, pendant longtemps, tout ce qu'acquérait le fils de famille appartenait au *paterfamilias* ; mais l'établissement du pécule *castrens*, sous Auguste, du pécule *quasi castrens* et des biens adventices, sous Constantin, permit au fils de famille d'avoir un patrimoine propre. L'usufruit des biens adventices (2) était attribué au *paterfamilias*.

Il en fut de même, dans notre ancien droit, pour les pays de droit écrit.

Dans les pays de coutume, le père avait la jouissance des biens de ses enfants mineurs en vertu d'une institution particulière, appelée droit de garde ; garde noble pour les nobles, garde bourgeoise pour les roturiers.

La loi du 28 août 1794 supprima ce droit de jouissance du père sur les biens de ses enfants. C'est le Code civil qui l'a rétabli.

Sa raison d'être. — On explique généralement l'attribution des revenus à celui qui exerce l'autorité paternelle en disant que

(1) Beudant, II, n° 742.

(2) Les biens adventices, qui ne comprenaient, sous Constantin, que les biens acquis par le fils de famille dans la succession de sa mère, s'entendaient, sous Justinien, de toutes les acquisitions faites par l'enfant, sauf celles qui lui venaient de son père (Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, p. 135.

c'est une juste compensation des charges qui incombent aux parents, tant pour l'entretien et l'éducation de l'enfant que pour l'administration de sa fortune.

On a dit aussi, que si on avait obligé les parents à rendre compte à l'enfant de ses revenus à sa majorité, cette reddition de compte, qui se serait souvent étendue sur un laps de temps assez long, aurait imposé au père une comptabilité très difficile à tenir, et il aurait pu être l'occasion de conflits d'intérêts et de procès qu'il valait mieux éviter, pour le repos des familles.

Ces raisons sont assez peu décisives, parce qu'elles sont également vraies à l'égard du tuteur. Or, nous verrons que le tuteur n'a pas le droit de jouissance légale.

Biens soumis au droit de jouissance légale. — *Principe.* — En principe, tous les biens de l'enfant, meubles ou immeubles, corporels ou incorporels, de quelque source qu'ils viennent, sont soumis au droit de jouissance légale.

Exceptions. — Echappent, par exception, à la jouissance légale (art. 387) :

1° Les biens que les enfants acquièrent par un travail et une industrie séparés. La loi a voulu par là encourager le travail chez l'enfant.

2° Les biens qui sont donnés ou légués sous la condition expresse que les père et mère n'en jouiront pas. C'est ce qui nous a fait dire plus haut que la jouissance légale n'est pas un attribut essentiel de la puissance paternelle.

3° Les biens que l'enfant a recueillis dans une succession dont le père ou la mère a été exclue comme indigne. On n'a pas voulu qu'il pût profiter de cette succession même d'une façon indirecte et pour la jouissance (art. 730) (1).

Des charges de la jouissance légale. — Les charges de la jouissance légale sont (art. 385) :

1° Celles auxquelles sont soumis les usufruitiers ordinaires et que nous étudierons plus loin, exception faite cependant de l'obligation de fournir caution.

2° La nourriture, l'entretien et l'éducation des enfants, selon leur fortune.

Nous avons vu, en effet, que cette charge n'incombait aux pa-

(1) On pourrait ajouter les biens provenant d'un majorat dont l'enfant a hérité (avis du Conseil d'Etat du 30 janvier 1811). Beudant, II, 748.

rents qu'à titre subsidiaire et lorsque l'enfant n'a pas de revenus suffisants.

3° Le paiement des arrérages ou intérêts des capitaux.

Pour comprendre ceci, il faut supposer que l'enfant a acquis des biens par succession : le montant en capital des dettes qui grèvent cette succession doit être payé par l'enfant, mais jusqu'à leur remboursement, ces dettes portent intérêt ; qui paiera ces intérêts ? en disant que ce paiement incombait au père, la loi a voulu certainement lui imposer des charges plus étendues que celles que supporte l'usufruitier ordinaire ; autrement ce 3e alinéa de l'article 385 ferait double emploi avec le 1er. On en a conclu que le père doit payer non seulement les intérêts ou arrérages échus à partir du moment où sa jouissance a commencé comme l'usufruitier ordinaire (art. 612), mais encore les intérêts arriérés, échus auparavant.

4° Les frais funéraires et ceux de dernière maladie, non de l'enfant, mais de la personne dont l'enfant a hérité.

Causes qui mettent fin à la jouissance légale. — La jouissance légale prend fin (art. 384) :

1° Par l'émancipation de l'enfant, qui éteint la puissance paternelle.

2° Lorsque l'enfant arrive à l'âge de dix-huit ans. A partir de ce moment, les revenus, moins les frais d'éducation, doivent être capitalisés pour être remis à l'enfant. Cette solution a été donnée pour que les parents n'aient pas intérêt à refuser à l'enfant son émancipation pour conserver plus longtemps la jouissance de ses biens (1).

3° Par renonciation de celui à qui elle appartient.

4° Par la mort de l'enfant.

Causes de déchéance de la jouissance légale. — En dehors de ces causes d'extinction normales de la jouissance légale, il est des cas où celui qui l'exerce en est privé à titre de déchéance. Il en est ainsi dans les hypothèses suivantes :

1° Au cas de déchéance de la puissance paternelle.

2° Au cas d'abus de jouissance, par application des règles de l'usufruit (art. 618).

3° Au cas de divorce, celui des époux contre lequel le divorce est prononcé perd son droit à la jouissance légale (art. 386).

(1) C'est aussi pour assurer à l'enfant un fonds de roulement pour prendre en mains l'administration de ses biens à sa majorité.

Cette règle ne doit pas être étendue à la séparation de corps (1).

4° Dans le cas où l'époux survivant n'a pas fait dresser inventaire des biens de la communauté (art. 1442).

Cas supprimé. Loi du 21 février 1906. — L'art. 386 indiquait une cinquième cause de déchéance : le convol en secondes noces de la mère. La loi du 21 février 1906 a supprimé ce cas pour établir sur ce point l'égalité entre le père et la mère, la déchéance dont il s'agit ne s'appliquant pas lorsque le père se remariait.

Comparaison du droit de jouissance légale et du droit d'usufruit. — Le droit de jouissance légale est un droit d'usufruit qui diffère à plusieurs égards de l'usufruit ordinaire :

1° L'usufruit ordinaire est un droit purement pécuniaire ; tandis que le droit de jouissance légale, tout en présentant un côté pécuniaire, est avant tout un attribut de la puissance paternelle.

2° Il en résulte cette conséquence que tandis que l'usufruit ordinaire est cessible, saisissable et susceptible d'hypothèque (art. 595, 2204 et 2118), le droit de jouissance légale est incessible, insaisissable, et non susceptible d'hypothèque comme la puissance paternelle dont il est l'attribut.

3° L'usufruitier ordinaire est tenu de donner caution pour assurer la restitution du bien, sur lequel porte son droit, à la fin de l'usufruit. Le père et la mère en sont dispensés (art. 601).

4° L'usufruit ordinaire est généralement viager, tandis que le droit de jouissance a des causes d'extinction qui lui sont propres.

5° Le droit de jouissance légale comporte des charges particulières en dehors de celles qui incombent à l'usufruitier ordinaire.

CHAPITRE III. — EXTINCTION DE LA PUISSANCE PATERNELLE.

Enumération. — Les causes d'extinction de la puissance paternelle sont :

1° L'émancipation ;
2° La majorité ;
3° La mort du père ou de la mère ;
4° La déchéance de la puissance paternelle.
Disons un mot de la majorité.

(1) Trib. Seine, 10 janvier 1900, *Gaz. Trib.*, 22 juillet 1900.

De la majorité comme cause d'extinction de la puissance paternelle. — La puissance paternelle prend fin à la majorité de l'enfant que la loi a fixée, nous le savons (1), à l'âge de vingt et un ans accomplis (art. 488). A cet âge, l'enfant n'a plus besoin de protection ; il peut se diriger seul dans la vie et gérer lui-même sa fortune, la puissance paternelle n'a plus de raison d'être.

Il est cependant certains effets de la puissance paternelle qui se prolongent au delà de la majorité.

D'abord, l'article 371 dit que l'enfant, *à tout âge*, doit honneur et respect à ses père et mère.

Mais c'est là l'énoncé d'une pure règle de morale qui ne comporte aucune portée juridique et qu'on est étonné de rencontrer dans une œuvre législative comme le Code civil.

D'autre part, nous avons vu, que pour être adopté l'enfant doit obtenir le consentement de ses père et mère jusqu'à vingt-cinq ans et requérir leur conseil au delà de cet âge (art. 346).

Enfin, nous avons vu qu'une règle analogue existe pour le mariage (art. 148 à 151, C. civ.).

CHAPITRE IV. — DÉCHÉANCE DE LA PUISSANCE PATERNELLE.

Nécessité d'un contrepoids et d'une sanction à l'autorité paternelle. — L'exercice de la puissance paternelle est susceptible d'entraîner des abus comme l'exercice de tout autre pouvoir. Ces abus sont ici d'autant plus graves qu'ils peuvent se produire au détriment d'un être qui n'est pas en mesure de se défendre, en raison de son âge, et que ses conséquences peuvent être très graves, soit pour l'existence physique de l'enfant, soit pour la formation de son caractère. Il était de toute nécessité d'armer les tribunaux de pouvoirs suffisants pour appliquer le contrepoids et les sanctions indispensables.

Historique de 1804 à 1889. — Cependant le Code civil n'avait rien prévu à cet égard.

Le Code pénal de 1810, dans son article 335, établit le premier cas de déchéance de la puissance paternelle à l'égard du père ou de la mère qui a excité, favorisé ou facilité habituellement la débauche ou la corruption de son enfant mineur.

(1) Voir *suprà*.

Plus tard, la loi du 7 décembre 1874 sur la protection des enfants employés dans les professions ambulantes autorise les tribunaux à priver des attributs de la puissance paternelle, les parents qui ont livré leurs enfants, âgés de moins de seize ans, aux individus exerçant les professions ambulantes ou qui les auront placés sous la conduite de vagabonds, de gens sans aveu ou faisant profession de mendicité.

Jusqu'en 1889, ce sont les deux seuls cas de déchéance établis par la loi. En dehors de là les tribunaux exerçaient bien en fait une surveillance sur les actes de l'autorité paternelle ; mais leurs pouvoirs étaient peu définis et leurs décisions souvent contradictoires.

Loi du 24 juillet 1889. — La loi du 24 juillet 1889 sur la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés a réalisé un progrès considérable en comblant une véritable lacune de la législation antérieure.

Son but est double : 1° protéger les enfants en frappant de déchéance leurs parents, dans les cas les plus graves de mauvais exemples, de mauvais traitements ou d'abandon ; 2° aider l'œuvre des sociétés de bienfaisance établies pour le sauvetage de l'enfant en les mettant à l'abri des réclamations des parents venant retirer leurs enfants en invoquant les droits de la puissance paternelle, lorsque ces enfants ont appris un métier et sont capables de gagner leur vie (1). C'est donc une œuvre de préservation pour la vie des enfants en même temps qu'une œuvre de préservation morale.

La loi de 1889 a été complétée sur quelques points de détail par la loi du 19 avril 1898 sur la répression des violences et attentats commis envers les enfants.

Comment est encourue la déchéance de la puissance paternelle et pour quelles causes. — La déchéance est tantôt légale, tantôt judiciaire. La déchéance est dite légale ou obligatoire, lorsqu'elle se produit de plein droit, comme conséquence de la condamnation à certaines peines La déchéance est dite judiciaire ou facultative, lorsqu'elle résulte d'un jugement et qu'elle est laissée à l'appréciation du tribunal.

Cas de déchéance légale ou obligatoire. — Les condamnations qui entraînent de plein droit la déchéance de la puissance paternelle sont (art. 1er, loi de 1889) :

(1) Beudant, II, n° 758.

1° Condamnation pour excitation habituelle de *son enfant* à la débauche ;

2° Condamnation pour *crime* commis sur la personne d'un de ses enfants.

3° Condamnation pour crime commis de complicité avec un ou plusieurs de ses enfants ;

4° *Deuxième* condamnation pour *délit* commis sur la personne d'un de ses enfants ;

5° *Deuxième* condamnation pour excitation habituelle de mineurs (autres que ses enfants) à la débauche.

De la déchéance judiciaire ou facultative. — *Des cas où la déchéance peut être prononcée.* — Les causes pour lesquelles la justice peut prononcer la déchéance de la puissance paternelle sont les suivantes :

1° Une condamnation pour un crime de droit commun quelconque ;

2° Une deuxième condamnation pour séquestration, suppression, exposition ou abandon d'enfants ou pour vagabondage ;

3° Une deuxième condamnation pour ivresse publique ;

4° Une condamnation en vertu de la loi du 7 décembre 1874 sur les professions ambulantes ;

5° Une première condamnation pour excitation habituelle des mineurs à la débauche ;

6° Lorsque les enfants ont été conduits dans une maison de correction à la suite d'un crime ou d'un délit comme ayant agi sans discernement ;

7° En dehors de toute condamnation, l'ivrognerie habituelle, l'inconduite notoire et scandaleuse, ou de mauvais traitements qui compromettent la santé, la sécurité ou la moralité des enfants.

Qui peut provoquer la déchéance facultative. — La déchéance facultative peut être provoquée soit par un parent d'un mineur jusqu'au degré de cousin germain, soit par le ministère public (art 3).

Compétence, procédure et voies de recours. — Le tribunal compétent est le tribunal civil (1) d'arrondissement du domicile ou de la résidence du père ou de la mère dont la déchéance est demandée.

(1) Cependant le tribunal répressif qui prononce une condamnation rendant la déchéance possible peut déclarer cette déchéance sur la demande des mêmes personnes.

L'affaire est instruite et jugée en chambre du Conseil, le jugement seul est rendu en audience publique.

Les jugements par défaut sont susceptibles d'opposition, pendant huit jours ou pendant un an, suivant qu'il y a eu signification à personne ou à domicile.

L'appel n'est recevable que dans un délai de dix jours. Pendant l'instance en déchéance, le tribunal peut ordonner les mesures provisoires qu'il juge utiles relativement à la garde et à l'éducation des enfants (art. 3, 4, 5).

Conséquences de la déchéance pour le père ou la mère. — La déchéance, soit légale, soit judiciaire, est totale et absolue.

Totale, c'est-à-dire qu'elle enlève à celui qui en est frappé tous les attributs de la puissance paternelle, dont la loi de 1889 a donné une énumération complète.

Cependant, les liens de parenté survivent à la déchéance ; d'où il suit qu'elle ne porte atteinte, ni à l'obligation réciproque d'aliments, ni aux droits réciproques de succession, ni aux empêchements de mariage.

Absolue, c'est-à-dire que l'autorité paternelle cesse à l'égard de tous les enfants nés et à naître sans distinction.

Conséquences de la déchéance pour l'enfant. — La situation qui résulte pour l'enfant de la déchéance de la puissance paternelle varie suivant les circonstances.

1° Si c'est le père qui est déchu, le tribunal décide si la mère exercera les droits de la puissance paternelle tels qu'ils sont définis par le Code.

2° Si c'est la mère qui est frappée, l'autorité paternelle est exercée par le père comme précédemment.

3° Si le père et la mère sont écartés, l'enfant est confié à un tuteur bénévole qui consent à assumer les charges de la tutelle ; à défaut, il est remis à l'Assistance publique (art. 9).

Restitution de la puissance paternelle. — La déchéance de la puissance paternelle peut cesser, et la puissance paternelle peut être rendue à celui qui en a été privé, dans deux cas ;

1° Comme conséquence de la réhabilitation pénale qui supprime les effets des condamnations qui avaient entraîné la déchéance.

2° Lorsque la déchéance n'est pas le résultat d'une condamnation pénale, mais a été prononcée par le tribunal civil, en vertu d'une décision en sens contraire qui ne peut être demandée que

---

trois ans après que la déchéance était devenue irrévocable (art. 15).

De la délégation judiciaire de la puissance paternelle. — Enfin, la loi permet aux tribunaux de déléguer l'exercice de la puissance paternelle, soit à un hospice, soit à une personne charitable, même en dehors des cas de déchéance prévus plus haut :

1° Lorsque les enfants sont une charge trop lourde pour leurs parents et que ceux-ci consentent à cette délégation ;

2° Lorsque l'enfant a été abandonné par les parents et recueilli sans leur adhésion.

La procédure à suivre est indiquée dans les articles 17 à 21.

Le père n'est pas déchu : il peut se faire rendre l'enfant par une décision du tribunal.

Maintien du pouvoir de surveillance et de contrôle des tribunaux judiciaires. — La question a été discutée de savoir si la loi du 24 juillet 1889 avait enlevé aux tribunaux judiciaires le pouvoir de surveillance et de contrôle qui leur avait toujours été reconnu sur l'exercice de la puissance paternelle. Malgré quelques décisions en sens contraire, la jurisprudence et la doctrine se prononcent avec raison pour la solution affirmative. La loi de 1889 détermine d'une façon limitative les cas de déchéance ; mais en dehors de cette mesure extrême, les rédacteurs de cette loi ont entendu laisser aux tribunaux le soin de prendre des mesures moins graves que les circonstances peuvent rendre nécessaires dans l'intérêt de l'enfant (1).

CHAPITRE V. — DE LA PUISSANCE PATERNELLE DES PÈRE ET MÈRE NATURELS.

A qui appartient la puissance paternelle à l'égard des enfants naturels ? — Pour répondre à cette première question, il faut distinguer trois cas : l'enfant naturel n'a été reconnu ni par son père ni par sa mère ; il a été reconnu par le père ou par la mère ; il a été reconnu par l'un et par l'autre.

Lorsque l'enfant naturel n'est reconnu par aucun de ses parents, il est évident que la puissance paternelle n'existe pas. L'enfant est en tutelle dès sa naissance.

(1) Dans ce sens, Beudant, II, n° 700 ; Planiol, I, n° 2506.

Lorsque l'enfant naturel est reconnu par son père ou par sa mère, il est sous la puissance paternelle de celui de ses parents qui l'a reconnu.

Enfin, lorsque l'enfant naturel est reconnu par son père et par sa mère, la puissance paternelle appartient à l'un et à l'autre, mais auquel des deux faut-il donner la préférence ?

L'opinion générale dans la doctrine est que, comme pour les enfants légitimes, la prédominance doit être accordée au père naturel. C'est son nom qui est porté par l'enfant, et en cas de dissentiment pour le mariage de l'enfant, c'est la volonté du père qui l'emporte (art. 148 et 158) ; il est donc rationnel que l'autorité paternelle soit exercée par lui.

Cependant, la jurisprudence paraît admettre que la puissance paternelle appartient également au père et à la mère, sans aucune prééminence de l'un sur l'autre ; elle invoque à l'appui de cette solution l article 383 qui accorde l autorité paternelle « aux pères et mères des enfants naturels » sans reproduire la formule très catégorique de l'article 373 Elle en conclut que les tribunaux judiciaires ont un pouvoir discrétionnaire pour décider, suivant les circonstances, qui, du père ou de la mère, exercera la puissance paternelle (1). Les tribunaux pourraient même confier la garde et l'éducation de l'enfant à un tiers (2). Ces solutions sont peu conciliables avec les textes du Code civil.

Des attributs de la puissance paternelle reconnus aux père et mère des enfants naturels. — Les père et mère des enfants naturels ont, comme les père et mère légitimes, l'obligation d'entretien et d'éducation à l'égard de leurs enfants ; par voie de conséquence, ils ont le droit de garde et le droit de correction, qui en sont des corollaires obligés. L'article 383 leur a reconnu formellement ce dernier attribut par son renvoi aux articles 376 à 379. Mais comme l'article 383 ne fait pas mention des articles 380 à 382, on en a conclu :

1° Que le père peut toujours agir par voie d'autorité à l'égard de son enfant âgé de moins de seize ans, même lorsqu'il est marié, même lorsque l'enfant a des biens personnels ou un état ;

2° Que la mère survivante pouvait user du droit de réquisition sans le concours des deux plus proches parents paternels.

(1) Paris, 30 juin 1893, D. 94.2.526 ; Douai, 6 février 1899, D. 1900.2 175 ; Lyon, 23 février 1904, D. 04.2.364.

(2) Paris, 10 mai 1894, D. 94.2.534.

Il est, au contraire, deux attributs de la puissance paternelle qui échappent aux père et mère naturels : c'est la jouissance légale (1) et l administration légale.

Au point de vue des biens l'enfant naturel est toujours en tutelle. De ce que les père et mère de l enfant naturel n ont jamais l administration légale des biens personnels que l'enfant peut avoir, il résulte que l'enfant naturel est toujours dès sa naissance, en ce qui concerne son patrimoine, sous le régime de la tutelle, avec tout son cortège de garanties que nous expliquerons plus loin (subrogé tuteur, conseil de famille, hypothèque légale).

Lorsqu'il a été reconnu et que ses père et mère vivent, il y a coexistence de la puissance paternelle — pour la personne — et de la tutelle — pour les biens.

Lorsque l'enfant n'a pas été reconnu par ses parents, ou lorsqu'ils sont décédés, il y a tutelle seulement.

(1) Cette solution est tirée de la place qu'occupe dans le Code l'article 382, juste avant les articles sur la jouissance légale. Quant à l article 389 qui organise l'administration légale, il suppose, par ses termes mêmes, qu'il s'agit d'enfants légitimes. « Le père est, *pendant le mariage*... »

TROISIÈME PARTIE

LA PROTECTION DES INCAPABLES

Notions préliminaires.

Définition. — Dans son sens juridique le plus usuel (1), l'incapable est la personne qui n'a pas le libre exercice de ses droits civils.

Différentes causes d'incapacité. — En droit français, les différentes causes d'incapacité sont :

Le mariage, pour la femme ;

L'âge pour le mineur ;

L'altération des facultés mentales pour le fou, le faible d'esprit et le prodigue ;

La condamnation à une peine afflictive et infamante, pour l'interdit légal.

Différents régimes des incapables. — Tous les incapables ne sont pas soumis par la loi au même régime.

La femme mariée est soumise au régime de l'autorisation maritale que nous avons exposée à propos des effets du mariage.

Le mineur non émancipé, l'interdit judiciaire et l'interdit légal sont soumis au régime de la tutelle ; ils sont représentés dans tous les actes juridiques, par un mandataire légal, le tuteur, qui agit sous le contrôle d'un subrogé tuteur, d'un conseil de famille et du tribunal, et dont les biens sont grevés de l'hypothèque légale.

(1) Nous disons « dans son sens le plus usuel » parce que nous avons noté plus haut qu'il y avait deux sortes d'incapacités : l'incapacité de jouissance et l'incapacité d'exercice. Il ne s'agit ici que de l'incapacité d'exercice. Voir *suprà*, p. 40.

L'aliéné, placé dans un asile d'aliénés, est soumis à un régime particulier, voisin de la tutelle.

Le mineur émancipé est en curatelle ; il fait lui-même tous les actes qui concernent son patrimoine ; mais pour les plus importants d'entre eux, il lui faut le consentement de son curateur, ou du conseil de famille et quelquefois même du tribunal.

Enfin, le prodigue et le faible d'esprit sont frappés d'une incapacité pour certains actes seulement qu'ils ne peuvent accomplir qu'avec l'assistance du conseil judiciaire.

Division de la troisième partie. — Notre troisième partie se trouvera ainsi naturellement divisée en cinq chapitres de la façon suivante :

Chapitre Ier. Tutelle des mineurs non émancipés.
Chapitre II. Emancipation.
Chapitre III. Interdiction judiciaire.
Chapitre IV. Internement dans un asile d'aliénés.
Chapitre V. De l'aliénation mentale non accompagnée d'interdiction judiciaire, ni d'internement dans un asile.
Chapitre VI. Conseil judiciaire.

CHAPITRE Ier. — DE LA TUTELLE DES MINEURS NON ÉMANCIPÉS.

Notions préliminaires.

Définition. — La tutelle est une institution destinée à protéger les intérêts du mineur (1) en confiant le soin de sa personne et de ses biens, à un tuteur qui est chargé de le représenter dans tous les actes juridiques sous le contrôle d'un subrogé tuteur, du conseil de famille et du tribunal civil.

Faits qui donnent ouverture à la tutelle. — Les faits qui donnent ouverture à la tutelle sont au nombre de trois :

1° la mort de l'un des parents ;

(1) Remarque importante. Le mot mineur n'a pas, en droit français, la même signification qu'à Rome. En droit romain, le mineur était celui qui avait atteint l'âge de la puberté, mais qui avait moins de vingt-cinq ans. On l'opposait au pupille qui était l'impubère ; le premier (le mineur), était en curatelle ; le second était en tutelle. Il en est autrement aujourd'hui, pupille et mineur sont des expressions synonymes.

2° la déchéance de la puissance paternelle des deux parents ;
3° l'absence.

Quant au divorce ou à la séparation de corps, nous l'avons dit plus haut, ce n'est pas une cause qui ouvre la tutelle.

1° **Mort de l'un des parents.** — La mort de l'un des parents d'un enfant légitime, de son père ou de sa mère, est la cause normale d'ouverture de la tutelle (art. 390) (1).

Tant que le père et la mère sont vivants, il y a puissance paternelle et rien que puissance paternelle ; si l'enfant mineur a des biens personnels, ces biens sont soumis au régime de l'administration légale que nous avons décrit plus haut ; aucune des garanties spéciales de la tutelle n'existe : ni subrogé tuteur, ni conseil de famille, ni hypothèque légale. La sollicitude commune du père et de la mère et le contrôle que la mère peut exercer sur le père ont paru au législateur des garanties suffisantes des intérêts de l'enfant.

Quand le père ou la mère meurt, la situation est différente ; le législateur a pensé qu'il serait dangereux pour les intérêts de l'enfant de laisser l'époux survivant sans contrepoids et sans contrôle. C'est pourquoi il a ouvert la tutelle avec son cortège de garanties particulières. La puissance paternelle ne cesse pas cependant complètement ; elle continue à s'appliquer en ce qui concerne la personne de l'enfant et au point de vue de la jouissance légale de ses biens. Mais au régime de l'administration légale succède le régime de la tutelle ; il y a donc, dans cette seconde hypothèse, coexistence de la puissance paternelle et de la tutelle.

Enfin, quand le survivant des père et mère meurt, la puissance paternelle disparaît entièrement, et il n'y a plus que tutelle.

2° **Déchéance de la puissance paternelle**. — Lorsque la déchéance de la puissance paternelle est prononcée à la fois contre le père et contre la mère, en application des règles de la loi de juillet 1889, la tutelle s'ouvre.

3° **L'absence.** Pour déterminer les effets de l'absence en notre matière il faut se placer successivement à deux moments différents : pendant la présomption d'absence, et après la déclaration d'absence :

1° *Pendant la présomption d'absence.* — La présomption d'ab-

(1) L'article 390 dit « mort naturelle ou *civile* » ; mais nous savons que la mort civile a été abolie en 1854. Voir *suprà*, page 35.

sence ne donne pas par elle-même ouverture à la tutelle ; elle laisse subsister la situation antérieure ; on se borne à prendre des mesures provisoires dans l'intérêt des enfants (art. 141 à 143).

Il y a plusieurs cas à distinguer :

1° L'un des époux est présent, l'autre est absent ; l'époux présent exerce la puissance paternelle (art. 141) ;

2° Un des époux a disparu après la mort de son conjoint, ou bien l'époux présent est décédé après la disparition de l'abssnt, la *surveillance* des enfants est déférée par le conseil de famille aux ascendants les plus proches et, à leur défaut, à un tuteur provisoire (art. 142).

Il en est de même dans le cas où celui des époux qui a disparu laisse des enfants mineurs issus d'un mariage précédent (art. 143).

2° *A partir de la déclaration d'absence*. — Nous verrons plus tard (1) que la déclaration d'absence avait pour effet de donner provisoirement ouverture aux droits dont l'exercice est subordonné à la mort de l'absent. C'est aussi l'effet de la déclaration d'absence au point de vue de la situation des enfants mineurs. Tout se passe provisoirement comme si l'absent était mort.

Donc, provisoirement, la tutelle est ouverte ; elle coexiste avec la puissance paternelle si l'autre époux est vivant ; elle existe seule s'il est décédé.

Du lieu d'ouverture de la tutelle. Son importance. — La tutelle s'ouvre au lieu du domicile du mineur au moment où se produit le fait qui donne ouverture à la tutelle.

Ce lieu est très important à connaître. C'est le siège légal de la tutelle ; il reste immuable pendant toute la durée de la tutelle (2) ; c'est là que le conseil de famille doit être constitué et qu'il doit se réunir et c'est le tribunal de ce lieu qui est compétent pour tout ce qui concerne l'administration de la tutelle (3).

Division du chapitre Ier. — Nous consacrerons à l'étude de

(1) Voir *infrà*.

(2) Le domicile de la tutelle ne doit donc pas être confondu avec le domicile du tuteur qui peut être établi dans une autre commune et qui peut être transféré librement.

(3) Cette règle, établie par la jurisprudence, est destinée à protéger efficacement le mineur. Si elle n'existait pas le tuteur pourrait se débarrasser d'un conseil de famille gênant en changeant de domicile. Cependant, pour les actes d'administration courante, on admet que le conseil de famille soit réuni au domicile du tuteur pourvu qu'il n'en résulte aucun préjudice pour les intérêts du pupille. Cass., 4 mai 1846, D. 46.1.465.

la tutelle des mineurs non émancipés les 7 paragraphes suivants :

§ 1. Organisation de la tutelle ;
§ 2. Fonctions du tuteur ;
§ 3. Etendue des pouvoirs du tuteur ;
§ 4. Obligations qui incombent au tuteur ;
§ 5. Sanction des règles précédentes ;
§ 6. Fin de la tutelle ;
§ 7. Règles particulières à la tutelle des enfants naturels.

§ 1. — Organisation de la tutelle.

Des différents organes de la tutelle. — Normalement, la tutelle comporte trois organes :

Le tuteur, qui est l'organe exécutif ;

Le subrogé tuteur, qui est tout à la fois le contrôleur et le suppléant du tuteur ;

Enfin, le conseil de famille, qui est l'organe délibérant.

Exceptionnellement, dans certaines circonstances particulières, il peut y avoir : un cotuteur, un conseil à la mère survivante ou un curateur au ventre, un protuteur (1), un administrateur salarié (2), un tuteur ou un subrogé tuteur *ad hoc* (3).

Nous allons étudier successivement ces différents organes de la tutelle, nous dirons quelques mots, dans un appendice, des incapacités, des excuses, des exclusions et destitutions.

a) *Le tuteur.*

Quatre sortes de tutelle d'après le mode de désignation du tuteur. — La loi distingue quatre sortes de tutelle d'après le mode de désignation du tuteur :

1° La tutelle légale du survivant des père et mère ;

2° La tutelle testamentaire ;

(1) Le protuteur est nommé pour administrer les biens qu'un mineur domicilié en France possède aux colonies, ou inversement. C'est un véritable tuteur et ses biens sont grevés de l'hypothèque légale, mais il ne s'occupe pas de la personne du mineur (art. 417).

(2) C'est un mandataire que le tuteur peut s'adjoindre avec l'autorisation du conseil de famille pour alléger sa tâche et dont il est responsable (art. 454 (§ 2).

(3) La nomination d'un tuteur *ad hoc* est prévue par les articles 159, 318 et 858 ; en dehors de ces cas, la jurisprudence l'autorise lorsque les intérêts du mineur l'exigent, ainsi dans un procès entre tuteur et pupille.

3° La tutelle légale des ascendants ;

4° La tutelle dative.

Nous allons étudier chacune d'elles rapidement.

I. Tutelle légale du survivant des père et mère. — *Règle.* — La loi pose en principe, que la tutelle des enfants mineurs et non émancipés appartient de droit au survivant des père et mère (art. 390, C. civ.).

Des particularités de la tutelle légale de la mère survivante. — La tutelle légale de la mère survivante présente plusieurs particularités qu'il convient de noter avec soin.

1° *Droit pour la mère de refuser la tutelle.* — Tandis que la tutelle est une charge que le père est obligé d'assumer, la mère survivante peut la refuser ; néanmoins, lorsqu'elle use de cette faculté, elle doit rester en fonctions jusqu'à ce qu'elle ait fait nommer un tuteur (art. 394).

2° *Droit pour le père de nommer un conseil à la mère.* — Le père peut limiter les pouvoirs de la mère tutrice légale en désignant une personne que la loi appelle un conseil, sans l'avis duquel elle ne pourra faire aucun acte relatif à la tutelle ou certains d'entre eux seulement (art. 391).

La nomination de ce conseil peut avoir lieu, soit dans un testament, soit par une déclaration faite par le père, de son vivant, devant notaire ou devant le juge de paix assisté de son greffier (art. 392).

3° *De l'hypothèse où la mère survivante est enceinte.* — Lorsque la mère est enceinte au moment du décès de son mari, il est nommé un curateur au ventre par le conseil de famille. Son rôle est double : il veille à ce qu'il n'y ait pas supposition de part, ni suppression de part (1) ; et il administre provisoirement la succession du mari.

A la naissance de l'enfant, la mère en devient tutrice et le curateur en est de plein droit le subrogé tuteur (art. 393).

4 *De l'hypothèse où la mère survivante se remarie.* — Lorsque la mère survivante veut se remarier, elle doit convoquer le conseil de famille avant l'acte de célébration du mariage.

Si cette convocation a lieu, le conseil peut lui conserver la tutelle ou nommer un autre tuteur. Lorsque la tutelle est conservée à la mère, le conseil de famille lui donne nécessairement pour

(1) Le mot part est la traduction littérale du mot latin *partus*, et est synonyme d'enfant.

cotuteur son second mari, qui devient solidairement responsable avec sa femme, de la gestion postérieure au mariage (art. 396).

Si la mère survivante ne convoque pas le conseil de famille, elle perd de plein droit la tutelle ; et son nouveau mari est solidairement responsable avec elle de toutes les suites de la tutelle qu'elle a indûment conservée, même des actes antérieurs au mariage (art. 395).

II. Tutelle testamentaire. — *Définition.* — La tutelle testamentaire est l'acte par lequel un tuteur est désigné par le père ou la mère à un enfant mineur.

Qui a qualité pour désigner un tuteur ? — Le tuteur ne peut être désigné à l enfant que par le dernier mourant des père et mère.

Forme de la désignation. — Cette désignation est faite dans la même forme que la nomination du conseil à la mère survivante : par testament ou par déclaration devant un notaire ou devant le juge de paix (art. 398).

De l'hypothèse où la mère survivante est remariée. — Lorsque la mère survivante est remariée, de deux choses l'une : ou elle a été maintenue en tutelle, ou la tutelle lui a été enlevée.

Si la tutelle lui a été enlevée, il est naturel qu'elle ne puisse désigner un tuteur à l'enfant (art. 399).

Si la tutelle lui a été conservée, elle peut lui nommer un tuteur, mais cette nomination devra être confirmée par le conseil de famille (art. 400).

Liberté laissée au tuteur désigné. — Le tuteur ainsi désigné est libre d'accepter ou de refuser la mission qui lui est confiée, sauf lorsqu'il se trouve dans la classe des personnes qu'à défaut de cette désignation spéciale le conseil de famille eût pu charger de la tutelle (art. 401).

III. Tutelle légale des ascendants. — *Quand elle s'ouvre.* — La tutelle légale est dévolue à l'ascendant sous deux conditions : 1° que le survivant des père et mère ait conservé la tutelle jusqu'à sa mort (1) ; 2° qu'il n'ait pas désigné un tuteur testamentaire.

A quels ascendants appartient la tutelle. — Voici à cet égard les trois règles établies par la loi :

1° Les ascendants mâles seuls peuvent être investis de la tutelle légale ; les ascendantes ne peuvent être que tutrices testamentaires ou tutrices datives (2) ;

(1) S'il y avait eu interruption de la tutelle du survivant des père et mère, la tutelle dative s'ouvrirait.

(2) On a voulu laisser au survivant des père et mère ou au conseil de fa-

2° Entre les ascendants mâles; on accorde la préférence à celui qui est le plus proche du défunt (art. 402) ;

3° S'il y a concurrence entre bisaïeuls paternels, on préfère celui dont l'enfant porte le nom. S'il y a concurrence entre bisaïeuls maternels, c'est le conseil de famille qui désigne celui des deux qui exercera la tutelle (art. 403 et 404).

IV. Tutelle dative. — *Définition.* — La tutelle dative est celle qui est déférée par le conseil de famille.

Quand il y a lieu à tutelle dative. — Il y a lieu à tutelle dative lorsqu'il n'existe ni tutelle déférée par la loi, ni tutelle testamentaire, ou lorsque le tuteur légitime ou le tuteur testamentaire ne peut commencer ou continuer la gestion de la tutelle pour incapacité, destitution, exclusion ou excuse.

Qui peut provoquer la nomination du tuteur datif? — La convocation du conseil de famille en vue de la désignation du tuteur peut être faite, soit sur la réquisition et à la diligence des parents du mineur, de ses créanciers ou d'autres parties intéressées, soit même d'office et à la poursuite du juge de paix du domicile du mineur (art. 406).

b) *Le subrogé tuteur.*

Ses attributions. — Le rôle du subrogé tuteur est double :

1° Il est le suppléant du tuteur et il est chargé de représenter le mineur lorsque les intérêts du mineur sont en opposition avec ceux du tuteur (art. 420).

2° Il est investi d'un pouvoir général de contrôle et de surveillance sur les actes du tuteur.

Ainsi, il est chargé de recevoir les états de situation de la fortune du pupille que le tuteur peut être obligé de dresser chaque année (art. 460), enfin il doit assister à certains actes de la tutelle tels qu'inventaire, vente de meubles ou d'immeubles (art. 451, 452, 459, etc.).

Sa nomination. — Sauf dans un cas que nous avons signalé plus haut (1), le subrogé tuteur est toujours désigné par le conseil de famille.

La nomination du subrogé tuteur doit être provoquée par le tu-

mille le soin d'apprécier si elle peut assumer les responsabilités et les charges de la tutelle.

(1) Le cas du curateur au ventre. Voir *suprà*, p. 322.

teur, sous peine de déchéance, lorsqu'il s'agit d'un tuteur légitime ou d'un tuteur testamentaire (art 421).

Dans le cas où le tuteur est datif, la nomination du subrogé tuteur aura lieu immédiatement après celle du tuteur (art. 422).

Le subrogé tuteur doit être pris dans la ligne opposée à celle à laquelle appartient le tuteur.

c) *Le conseil de famille.*

Définition. — Le conseil de famille est une assemblée de parents présidée par le juge de paix, qui est chargée de veiller aux intérêts du mineur.

Organisation. — ***Sa composition.*** — En principe, le conseil de famille est composé de six parents ou alliés que le juge de paix désigne en observant les règles suivantes :

1° Les parents ou alliés doivent être pris, moitié dans la ligne paternelle et moitié dans la ligne maternelle, dans la commune où la tutelle s'est ouverte et dans la distance de deux myriamètres. Dans chaque ligne l'ordre de proximité devra être observé. D'autre part, à égalité de degré, le parent sera préféré à l'allié, et le parent le plus âgé au parent plus jeune (art. 407).

2° Par exception, les frères germains du mineur et les maris des sœurs germaines échappent à la règle que le conseil de famille est composé de six parents. S'ils sont six ou au-delà, ils sont tous membres du conseil de famille qu'ils composent seuls avec les ascendantes veuves (1) et les ascendants valablement excusés de la tutelle s'il y en a. S'ils sont en nombre inférieur les autres parents ne sont appelés que pour compléter le conseil (art. 408).

3° Même lorsque, sur les lieux, il se trouve des parents ou alliés de l'une et de l'autre ligne en nombre suffisant, le juge de paix peut, si les intérêts du mineur le requièrent, appeler des parents ou alliés plus proches en degré ou de même degré que les parents ou alliés présents à quelque distance qu'ils soient domiciliés (art. 410).

4° Lorsque les parents ou alliés de l'une ou de l'autre ligne sont en nombre insuffisant sur les lieux, le juge de paix désigne, soit des parents ou alliés domiciliés à de plus grandes distances, soit,

(1) L'article 408 dit les « veuves d'ascendants », mais cette expression est impropre ; parce que la veuve d'un ascendant peut n'être pas parente du mineur si l'ascendant s'est remarié ; la loi a voulu dire certainement les ascendantes veuves.

dans la commune même, des citoyens connus pour avoir eu des relations habituelles d'amitié avec le père ou la mère du mineur (art. 409)

Convocation. — Le conseil de famille n'est pas une assemblée permanente et sa composition n'est pas immuable Il se réunit chaque fois que son intervention est nécessaire et le juge de paix procède à sa formation.

Les membres désignés pour siéger au conseil de famille, doivent être convoqués trois jours au moins à l'avance, lorsqu'ils résident dans la commune ou dans la distance de deux myriamètres ; au delà de cette distance, le délai doit être augmenté d'un jour par trois myriamètres (art. 411).

Tenue de la réunion. — Les membres ainsi convoqués sont tenus de se rendre à la convocation, soit en personne, soit par mandataire, sous peine d'une amende de cinquante francs au maximum.

Le conseil est présidé par le juge de paix qui a voix délibérative et prépondérante au cas de partage (art. 416). La présence des trois quarts des membres convoqués est nécessaire pour que les délibérations soient régulièrement prises (art. 415).

Sanction des règles précédentes. — La loi n'a pas édicté de sanction à l'observation des règles précédentes. D'après la jurisprudence, ces règles sont prescrites à peine de nullité ; mais les tribunaux sont autorisés à ne prononcer la nullité que dans le cas où l'irrégularité commise a été préjudiciable aux intérêts du mineur.

Attributions. — Nous avons dit que le conseil de famille formait le conseil délibérant de la tutelle. On peut ramener l'objet de ses délibérations à trois ordres de matières :

1° Il est chargé de l'organisation de la tutelle.

C'est ainsi qu'il nomme le tuteur toutes les fois qu'il y a lieu à tutelle dative ; sauf dans un cas (1), il nomme toujours le subrogé tuteur ; il statue sur les excuses, les exclusions et les destitutions etc., etc...

2° Lorsque les père et mère sont décédés ou hors d'état d'exercer la puissance paternelle, certains attributs de cette puissance passent au conseil de famille.

C'est ainsi qu'il exerce le droit de correction (art. 468) ; qu'il autorise l'émancipation de l'enfant (art. 478 et 479) ; qu'à défaut

(1) Celui du curateur au ventre. Voir *suprà*, p. 322.

d'ascendants, il donne le consentement au mariage de l'enfant (art. 160).

3° Il délibère sur les intérêts pécuniaires du mineur en autorisant le tuteur à faire certains actes qu'il ne peut entreprendre de sa seule autorité.

Les délibérations du conseil de famille sont-elles susceptibles de recours devant les tribunaux ? — *Points certains.* — Sur cette question trois points sont certains :

1° Il est des actes que le tuteur ne peut faire qu'avec l'assentiment du conseil de famille dont la délibération doit être homologuée par le tribunal. Il est évident que dans ce cas le tribunal a le droit de réformer la décision du conseil.

2° Il est des délibérations du conseil de famille qui, en vertu de textes formels de loi, peuvent être attaqués devant le tribunal et réformés par ce dernier.

Il en est ainsi, notamment : en matière d'excuses, de destitution ou d'exclusion de la tutelle (art. 440 et 448).

3° Enfin, dans tous les cas, les délibérations du conseil de famille peuvent être déférées aux tribunaux pour vice de forme, à l'effet de les faire annuler.

Point controversé. — Mais, en dehors des cas où le recours devant les tribunaux est formellement autorisé par un texte de loi, faut-il admettre le recours et reconnaître aux tribunaux le droit de réformer la délibération pour mal jugé au fond ?

La question est discutée. Le Code civil est muet à cet égard ; mais le Code de procédure civile a prévu la difficulté et il semble bien l'avoir résolue dans ce sens que les décisions du conseil de famille étaient toujours sujettes à appel devant le tribunal civil (art. 883 et 889, C. pr. civ.) (1).

Appendice : Excuses, incapacités, exclusions ou destitutions en matière de tutelle.

Principe. — Caractère obligatoire de la tutelle. — Les fonctions de tuteur sont en principe obligatoires ; celui qui a été

(1) Dans ce sens, Beudant, *op. cit.*, II, n° 803.
D'après certains auteurs, les délibérations du conseil de famille relatives à l'éducation du pupille, et à la nomination aux fonctions de la tutelle ne seraient pas susceptibles de recours. D'après d'autres auteurs, les délibérations prises à l'unanimité par le conseil de famille ne pourraient pas non plus être attaquées en raison de l'art. 883. Dans ce dernier sens, Planiol, I, n° 2559.

désigné, soit par la loi, soit par le survivant des père et mère, soit par le conseil de famille pour les remplir ne peut pas refuser d'en assumer la charge Cette règle était indispensable pour assurer la protection des mineurs ; sans elle. l'organisation de la tutelle eût été difficile, quelquefois même impossible, parce qu'on n'aurait pas trouvé facilement des personnes disposées à subir volontairement les ennuis d'une semblable fonction, qui est essentiellement gratuite.

Cependant, il est des cas où le tuteur désigné peut être éloigné de la tutelle par une excuse, par l'incapacité, par l'exclusion ou la destitution.

Différences entre les excuses, les incapacités, les exclusions et les destitutions. — On entend par excuse en matière de tutelle le droit pour le tuteur d'éviter la charge de la tutelle pour certaines causes déterminées limitativement par la loi. Les excuses sont établies dans l'intérêt du tuteur, tandis que les incapacités, les exclusions et les destitutions sont établies dans l'intérêt du mineur ; elles tendent à écarter de la tutelle les personnes dont la gestion ne présente pas de garanties suffisantes pour le patrimoine du mineur. L'incapacité diffère des causes d'exclusion ou de destitution, en ce qu'elle n'implique pas comme elles l'indignité du tuteur.

Des principales causes d'excuses. — Les causes d'excuse sont énumérées dans les articles 427 et suivants auxquels il nous suffit de renvoyer après avoir indiqué rapidement les principales d'entre elles.

1° *Certaines fonctions.* — Par exemple, celles de présidents et conseillers à la Cour de cassation, procureur général et avocats généraux près la même Cour, les préfets ; les militaires en activité de service (art. 427 à 430).

2° *L'absence de lien de parenté ou d'alliance.* — Toute personne qui n'est ni parente ni alliée du mineur ne peut être forcée d'accepter la tutelle que dans le cas où il n'existerait pas dans la distance de quatre myriamètres des parents ou alliés en état de gérer la tutelle (art. 432).

3° L'*âge, les infirmités et le nombre d'enfants* (art. 433 à 438). — La plupart de ces causes d'excuses autorisent le tuteur à décliner la tutelle dès le début ou à se faire décharger d'une tutelle qu'il avait tout d'abord acceptée. Quelques-unes cependant n'autorisent pas le tuteur à se décharger de la tutelle qu'il avait primitivement acceptée.

C'est le conseil de famille qui statue sur les causes d'excuse, sauf appel au tribunal civil (art. 440 et 441).

Des causes d'incapacité. — Les causes d'incapacité sont énumérées par l'article 442.

Ne peuvent être tuteurs ni membres des conseils de famille :

1° Les mineurs, sauf le père ou la mère ;

2° Les interdits ;

3° Les femmes autres que la mère et les ascendantes ;

4° Tous ceux qui ont, ou dont les père ou mère ont avec le mineur un procès, dans lequel l'état de ce mineur, sa fortune ou une partie notable de ses biens sont compromis (art. 442).

Des causes d'exclusion ou de destitution. — On dit qu'il y a exclusion de la tutelle lorsque le tuteur est écarté dès le début de la tutelle ; il y a destitution, lorsque la tutelle est enlevée à une personne qui en avait exercé les fonctions pendant quelque temps.

Les causes d'exclusion ou de destitution sont (art. 443 à 444) :

1° La condamnation à une peine afflictive ou infamante ;

2° L'inconduite notoire ;

3° L'incapacité ou l'infidélité.

L'exclusion ou la destitution est prononcée par le conseil de famille sous le contrôle des tribunaux (art. 446 à 449).

§ 2. — Fonctions du tuteur.

Double fonction du tuteur. — A la différence du droit romain, qui ne confiait pas la personne du pupille au tuteur, le Code civil assigne au tuteur une double fonction : l'une relative à la personne, l'autre relative aux biens du mineur. Il y a lieu de les étudier successivement.

a) *Fonctions du tuteur en ce qui concerne la personne du pupille.*

Distinctions nécessaires. — Pour déterminer les fonctions du tuteur au point de vue de la personne du pupille, il faut avoir soin de distinguer le cas où il y a coexistence de la puissance paternelle et de la tutelle et celui où la tutelle existe seule.

Coexistence de la puissance paternelle et de la tutelle. — Il peut y avoir coexistence de la puissance paternelle et de la tutelle dans deux circonstances différentes.

1er Cas : Le survivant des père et mère exerce la tutelle.

En pareil cas, nous l'avons vu, il conserve sur la personne de l'enfant les droits qui résultent de la puissance paternelle.

2e Cas : Le survivant des père et mère n'exerce pas la tutelle. C'est, par exemple, la mère qui s'est fait excuser de la tutelle.

Dans ce cas, les fonctions relatives à la personne et les fonctions relatives au patrimoine du mineur sont nettement séparées, comme à Rome. Sa personne reste placée sous l'autorité paternelle du survivant de ses père et mère et la gestion de son patrimoine appartient au tuteur.

Existence de la tutelle seule. — La tutelle existe seule lorsque le père et la mère sont décédés, ou lorsqu'ils ont été déchus de la puissance paternelle. Alors, l autorité du tuteur s'exerce sur la personne de l enfant : mais elle est loin d'être aussi étendue que celle du père Certains attributs de la puissance paternelle appartiennent au tuteur, d'autres sont confiés au conseil de famille ; d'autres enfin sont partagés entre le tuteur et le conseil de famille.

Attributs de la puissance paternelle reconnus au tuteur. — Le tuteur a la garde du mineur ; c'est chez lui que le mineur est domicilié (art. 108). Enfin le tuteur est chargé de l'éducation du mineur, c'est pour lui à la fois un droit et une obligation, comme pour le père. Il existe cependant, cette différence entre le père et le tuteur que le père est tenu de pourvoir de ses propres deniers aux frais d'éducation de ses enfants mineurs. lorsque leurs revenus sont insuffisants pour y faire face, tandis que le tuteur n'a pas à supporter lui même les dépenses d'éducation de son pupille.

Dans l'exercice de son droit d'éducation le tuteur agit en toute indépendance ; il n'a aucune autorisation à demander au conseil de famille et il n'a à subir de lui aucune injonction. Ce n'est qu'indirectement que le conseil de famille peut influer sur l'éducation du mineur, c est en fixant la portion du revenu de l'enfant qui pourra être affectée à ses dépenses d'instruction (art. 454). D'ailleurs en cas de conflit entre le tuteur et la famille, il faut reconnaître aux tribunaux judiciaires le droit d intervenir et d exercer leur pouvoir de contrôle comme nous l'avons fait en ce qui concerne l autorité paternelle.

Attributs de la puissance paternelle confiés au conseil de famille. — Certains attributs de la puissance paternelle appartiennent au conseil de famille et non au tuteur. Il en est ainsi du droit de consentir au mariage du mineur, lorsqu'il n'y a pas d'ascendants,

(art. 149 et 150), de consentir à la tutelle officieuse à l'égard du mineur (art. 361), d'autoriser son émancipation (art. 478).

Attributs de la puissance paternelle exercés par le tuteur avec l'autorisation du conseil de famille. – Il est deux attributs de la puissance paternelle qui ne peuvent être exercés par le tuteur qu avec l'autorisation du conseil de famille.

Ce sont : 1° le droit d'autoriser l'enfant à contracter un engagement militaire (art. 59, loi du 15 juillet 1889).

2° Le droit de correction (art. 468).

b) *Fonctions du tuteur en ce qui concerne le patrimoine du pupille.*

Représentation du mineur par le tuteur. — En droit français, le rôle du tuteur, en ce qui concerne le patrimoine du pupille, consiste à agir en son lieu et place et à le représenter dans tous les actes de la vie juridique. Tant que dure sa minorité, le mineur est à l état de sommeil ; il n'intervient dans aucun des actes de l'administration de son patrimoine ; le tuteur accomplit seul ces actes en qualité de mandataire légal ; mais les actes accomplis par lui, pour le compte de son pupille, produisent leurs effets en la personne du pupille, comme s'il les avait faits lui-même (art. 450).

Double différence avec le droit Romain. — On peut donc constater sur ce point une double différence avec le droit Romain.

1° A Rome, lorsque le pupille était sorti de l'*infantia* le tuteur avait le choix entre deux procédés pour l'administration des biens de son pupille : il pouvait agir seul, sans faire intervenir le pupille, *negotia gerere* ; ou bien faire figurer le pupille dans l'acte en lui donnant l'*auctoritas*.

L'emploi de ce dernier procédé avait cet avantage pratique que l'enfant était initié peu à peu aux affaires sous la direction d'un homme expérimenté. Tandis qu'en France, le mineur est, du jour au lendemain, placé à la tête de l'administration de son patrimoine et libre d'en disposer sans y avoir été nullement préparé.

2° D'autre part, à Rome, lorsque le tuteur faisait un acte seul sans y faire figurer le pupille, par le procédé de la *negotiorum gestio*, l acte produisait ses effets en la personne du tuteur ; c'est lui qui devenait créancier, propriétaire, débiteur, et il fallait une seconde opération juridique, à la fin de la tutelle pour faire passer le bénéfice ou la charge de l'acte en la personne du pupille.

C'était une conséquence de la règle Romaine de la non-représentation dans les actes juridiques : il en résultait une complication et des chances réciproques d'insolvabilité pour le tuteur et pour le pupille. Sur ce second point, la législation française est bien préférable, en ce qu'elle admet que le tuteur représente le pupille.

Des actes exceptionnels que le mineur en tutelle peut faire par lui-même. — La règle que le tuteur agit au lieu et place de son pupille comporte cependant des exceptions. Il est des actes que le mineur peut faire par lui-même, soit seul, soit avec l'assistance de certaines personnes.

Ces actes sont :

1° Le mariage et le contrat de mariage (art. 1398).

2° La reconnaissance d'un enfant naturel (1).

3° Le testament, lorsqu'il est majeur de seize ans (art. 904).

4° Le dépôt d'une somme dans une caisse d'épargne.

Le mineur peut faire ce dépôt sans l'intervention de son tuteur ; il peut même opérer le retrait des sommes déposées, sans son autorisation, à partir de l'âge de seize ans révolus, mais le tuteur peut s'y opposer (art. 16, loi du 20 juillet 1895).

5° L'engagement militaire. A partir de l'âge de vingt ans, le mineur peut contracter cet engagement sans aucune autorisation ; de dix-huit ans à vingt ans, le mineur doit avoir le consentement de son tuteur autorisé par le conseil de famille (art. 50, loi du 21 mars 1905).

** § 3. — Etendue des pouvoirs du tuteur.

Distinctions à établir. — Pour mesurer l'étendue des pouvoirs du tuteur, il faut distinguer quatre catégories d'actes :

1° Il y a des actes que le tuteur peut faire seul.

2° Il y a des actes qu'il ne peut faire qu'avec l'autorisation du conseil de famille.

3° Il y a des actes qu'il ne peut faire qu'avec l'autorisation du conseil de famille homologuée par le tribunal.

4° Il y a des actes qui lui sont interdits.

I. Actes que le tuteur peut faire seul. — Le tuteur peut faire seul tous les actes d'administration du patrimoine du mineur.

Administrer consiste à faire tout ce qui est indispensable pour

(1) Voir *suprà*, p. 262.

conserver, entretenir, exploiter et faire fructifier les biens d'une personne (1).

Rentrent dans cette catégorie les actes suivants :

1° *Les actes conservatoires.* — Telles sont les inscriptions hypothécaires, la transcription d'un acte translatif de propriété, l'interruption de prescription.

2° *La conclusion d'un bail.* — Le tuteur peut donner à bail les immeubles du mineur pour une période de neuf ans ; s'il consent un bail pour une durée plus longue, le bail est divisé en périodes de neuf années, et le mineur n'est tenu de respecter le bail, quand il atteint l'âge de la majorité, que pour ce qui reste à courir de la période de neuf ans dans laquelle on se trouve à ce moment là.

En outre, le tuteur ne peut renouveler un bail ou passer un nouveau bail que trois ans avant l'expiration du bail en cours, lorsqu'il s'agit d'un immeuble rural, et deux ans, lorsqu il s'agit d'un immeuble urbain (art. 1429 et 1430 combinés avec l'article 1718).

3° *Toucher les revenus et même les capitaux du mineur.*

4° *Exercer ses actions mobilières.*

II. Actes que le tuteur ne peut faire qu'avec l'autorisation du conseil de famille. — Les actes que le tuteur ne peut faire qu'avec l'autorisation du conseil de famille sont les suivants :

1° *Acceptation ou répudiation de succession.* — Soit en raison de l'intérêt pécuniaire, soit en raison de l'intérêt moral qui s'attache à la question, la loi veut que le conseil de famille soit consulté. L'acceptation de la succession ne peut avoir lieu que sous bénéfice d'inventaire, afin que le mineur n'ait pas à supporter sur sa fortune personnelle les dettes héréditaires dans le cas où elles seraient supérieures à l'actif de la succession (art. 461-462).

2° *Acceptation de donation.* — La loi exige l'autorisation du conseil de famille en raison des charges onéreuses qui peuvent grever la donation ; et puis des considérations morales peuvent motiver un refus de la donation ; la famille appréciera (article 463).

(1) Beudant, II, n° 852,

(2) Acquiescer à une demande, c'est reconnaître le bien fondé d'une demande.

Cependant, les père et mère du mineur, ou les autres ascendants. même du vivant des père et mère. quoiqu'ils ne soient pas tuteurs, peuvent accepter une donation pour le mineur, sans l'autorisation du conseil de famille (art. 934).

3° *Intenter une action immobilière ou acquiescer à une demande relative aux immeubles du mineur* (art. 464). Par *à contrario*, le tuteur peut défendre à une semblable action intentée par un tiers contre le mineur, sans être autorisé par le conseil de famille.

4° *Provoquer un partage* (art. 465). — Mais pour défendre à une action en partage dirigée contre le mineur, le tuteur n'a pas besoin d'être autorisé par le conseil de famille. Le partage qui intéresse un mineur, doit toujours avoir lieu judiciairement (art. 466).

5° *Aliéner les meubles incorporels.* — Le Code civil ne contenait aucune limitation aux pouvoirs du tuteur en ce qui concerne l'aliénation des meubles incorporels appartenant au mineur Postérieurement au Code, la loi du 26 mars 1806 exigea l'autorisation du conseil de famille pour vendre les titres de rentes françaises lorsque le revenu était supérieur à 50 francs par an. Un peu plus tard, la loi du 25 septembre 1813 déclara nécessaire l'autorisation du conseil de famille pour la vente de deux actions de la Banque de France.

En dehors de là, le tuteur avait tout pouvoir pour les valeurs mobilières de son pupille ; il pouvait donc jouer à la Bourse avec ses valeurs et exposer le mineur à la ruine. Ce danger fut jugé très grand et très menaçant le jour où le développement des sociétés commerciales et financières eut fait des valeurs mobilières le principal élément des fortunes individuelles C est pour y porter remède qu'a été faite la loi du 27 février 1880, qui a limité les pouvoirs du tuteur et qui lui a imposé plusieurs obligations que nous aurons à faire connaître au fur et à mesure de cette étude.

D'après l'article 1er de cette loi, l'autorisation du conseil de famille est nécessaire pour permettre au tuteur d aliéner les valeurs mobilières de son pupille. L'aliénation doit être opérée au cours moyen du jour, par le ministère d'un agent de change, lorsque les titres sont négociables à la Bourse (art. 3).

La loi a assimilé à l'aliénation la conversion d'un titre nominatif en titre au porteur, parce que cette conversion permettait au tuteur d'éluder les prescriptions de la loi en disposant libre-

ment des titres au porteur dont l'aliénation ne laisse aucune trace.

III. Actes que le tuteur ne peut faire qu'avec l'autorisation du conseil de famille homologuée par le tribunal. — Ces actes sont :

1° *L'emprunt.* — C'est un acte que la loi a considéré comme trop dangereux pour ne pas l'entourer des garanties les plus formelles. Quel que soit le montant de la somme à emprunter et quel que soit le but de l'emprunt, les mêmes conditions doivent être observées.

2° *L'aliénation des immeubles* (1). — La loi exige que la vente se fasse aux enchères publiques, en présence du subrogé tuteur, par les soins d un juge du tribunal ou d'un notaire commis à cet effet par le tribunal et à la suite de trois affiches apposées trois dimanches consécutifs aux lieux accoutumés dans le canton (art. 459).

3° *La constitution d'hypothèque.* — C'est un acte qui contient le germe d'une aliénation future, puisque le créancier hypothécaire qui n'est pas payé à l'échéance peut saisir l'immeuble et le faire vendre. D'ailleurs, c'est une règle, que nous rencontrerons plus tard, que pour pouvoir hypothéquer un immeuble, il faut pouvoir l'aliéner (art. 2124).

Pour ces trois catégories d'actes, l'autorisation ne doit être accordée que dans le cas d'une nécessité absolue ou d'un avantage évident. La nécessité devra être constatée par un compte sommaire du tuteur établissant que les deniers, effets mobiliers et revenus du mineur sont insuffisants (art 457).

4° *L'aliénation des valeurs mobilières supérieures à* 1.500 *francs en capital.* — Cet acte a été ajouté à la liste du Code par la loi du 27 février 1880, précitée, art. 2.

5° *Bail emphytéotique* — D'après la loi du 25 juin 1902, le bail emphytéotique est celui qui est consenti pour plus de dix-huit ans . sa durée ne peut pas dépasser quatre-vingt dix-neuf ans (art. 1er). D'après l'article 2, l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal sont nécessaires pour les baux emphytéotiques relatifs aux immeubles appartenant aux mineurs (2).

(1) L'aliénation comprend non seulement le transfert de la propriété de l'immeuble mais aussi la constitution d'une servitude, d'un usufruit, de l'usage et de l'habitation.

(2) On doit conclure de ce texte combiné avec l'article 1718 précité, que

Condition supplémentaire pour la transaction. — En ce qui concerne la transaction (1), la loi ne se contente pas de l'autorisation du conseil de famille et de l'homologation du tribunal, elle exige en outre l'avis de trois jurisconsultes désignés par le procureur de la République (art. 467). Ces jurisconsultes sont des avocats exerçant depuis dix ans au moins près un des tribunaux de la cour d'appel (art. 495).

IV. Actes qui sont interdits au tuteur. — Il est enfin certains actes que le tuteur ne peut pas faire et qu'il n'est au pouvoir de personne de l'autoriser à faire.

Ces actes sont :

1° *La donation entre-vifs et le legs.* — Il est évident que le tuteur ne peut pas faire de libéralité avec les biens de son pupille. Cela est tellement naturel que le législateur n'a pas cru utile de le dire expressément. Cette solution n'est, en effet, écrite nulle part dans le Code ; elle résulte implicitement des articles 903, 904 et 1398.

2° *Le compromis.* — Le compromis est le contrat par lequel deux personnes remettent à des arbitres le soin de trancher leur litige. Le compromis est plus dangereux que la transaction ; on connaît les sacrifices que l'on fait au cas de transactions, tandis que dans le compromis, on s'engage à respecter une sentence dont on ignore le sens et la portée (2).

3° *Actes relatifs aux biens du mineur.* — La loi interdit au tuteur d'acheter les biens du mineur et de se rendre cessionnaire d'aucun droit ou d'aucune créance contre son pupille. La loi ne veut pas qu'il puisse réaliser un bénéfice au détriment de son pupille.

Le tuteur ne peut prendre à bail un immeuble appartenant au

le bail, supérieur à neuf ans, mais ne dépassant pas dix-huit ans, peut être conclu par le tuteur avec la seule autorisation du conseil de famille (En sens contraire, Beudant, II, n° 874).

(1) La transaction est l'acte par lequel deux personnes mettent fin à un procès en cours ou préviennent une contestation à naître en se faisant des concessions réciproques (art. 2044). (Voir notre *Manuel de procédure civile*, p. 257).

(2) Cette interdiction résulte implicitement de l'article 1003 du Code de procédure civile qui exige qu'on ait la libre disposition du droit pour pouvoir compromettre, et de l'article 1004 du Code de procédure civile qui déclare qu'on ne peut transiger sur les contestations sujettes à communication au ministère public. Or, parmi ces contestations, figurent celles des mineurs (art. 83, § 2, C. proc.).

mineur qu'avec l'autorisation du conseil de famille qui déterminera les conditions du bail. Le bail est alors passé au nom du mineur par le subrogé-tuteur.

Point controversé. — Que décider pour les actes non prévus par la loi ? — En ce qui concerne les actes non prévus par la loi, la question est discutée de savoir si le tuteur peut les faire librement, ou s'il est astreint à l'accomplissement de certaines formalités.

L'opinion qui prévaut en doctrine et en jurisprudence est que le tuteur peut faire librement les actes que la loi n'a pas prévus et pour lesquels elle n'a prescrit aucune formalité.

En faveur de cette solution, on tire argument des termes de l'article 350 : « Le tuteur... représentera (le mineur) dans tous les actes civils. » Il en résulte une règle générale qui autorise le tuteur à faire tous les actes qui concernent le patrimoine du mineur.

D'ailleurs, en l'absence de texte, à quelle formalité particulière soumettrait-on ces actes ? Faudrait-il exiger l'autorisation du conseil de famille, ou bien l'homologation du tribunal serait-elle en outre nécessaire ? on aboutirait à des solutions purement arbitraires.

Vente des meubles corporels du mineur. — Au nombre des actes dont il s'agit figure la vente des meubles corporels du mineur. La loi, nous le verrons au paragraphe suivant, a fait une obligation au tuteur de vendre au début de la tutelle tous les meubles autres que ceux que le conseil de famille l'autorisera à conserver en nature et cette vente doit avoir lieu aux enchères publiques par un officier ministériel (art. 452). Mais elle n'a rien prescrit au cours de la tutelle pour les meubles que pourrait acquérir le mineur, tableaux, œuvres d'art, etc. Conformément à la solution ci-dessus indiquée, il faut admettre que le tuteur peut les vendre à l'amiable sans avoir aucune autorisation à solliciter, ni du conseil de famille, ni du tribunal (1).

§ 4. — Des obligations qui incombent au tuteur.

Distinction fondamentale. — Les obligations qui incombent au tuteur peuvent être groupées en trois catégories :

1° Celles qui lui incombent au moment de l'entrée en fonctions.

2° Celles qui lui incombent au cours de la tutelle.

(1) Dans ce sens, Beudant, I, n° 878.

3° Celles qui lui incombent à la fin de la tutelle.

Nous allons consacrer un paragraphe spécial à chacune d'elles.

a) *Obligations du tuteur à son entrée en fonctions.*

Enumération. — Les obligations du tuteur sont relatives : à l'inventaire. à la vente du mobilier, à la fixation des dépenses, à l'emploi des capitaux, à la conversion des titres au porteur en titres nominatifs.

1° **De l'inventaire.** — Dans les dix jours qui suivront celui de sa nomination, dûment connue de lui, le tuteur doit requérir la levée des scellés. s'ils ont été apposés. et faire procéder immédiatement à l'inventaire des biens du mineur en présence du subrogé tuteur

Lors de cet inventaire, le tuteur doit déclarer, sur la réquisition du notaire, s'il est créancier du mineur et pour quelle somme ; faute de quoi il serait déchu de sa créance (art. 451). Cette formalité qui remonte au droit romain, est prescrite en vue d'éviter la fraude suivante. Le tuteur a pu être payé de la créance qu'il avait contre celui dont le mineur a hérité. il pourrait attendre la fin de l'inventaire et après s'être assuré que sa quittance ne se retrouve pas dans les papiers du défunt, il ferait valoir sa créance : obligé de se déclarer créancier au début de l'inventaire, le tuteur ne s'exposera pas à revendiquer un droit dont l'inventaire peut démontrer la fausseté.

2° **Vente du mobilier.** — Dans le mois qui suivra la clôture de l'inventaire, le tuteur doit faire vendre. après affiches, et aux enchères publiques, les meubles corporels autres que ceux que le conseil de famille l'aurait autorisé à conserver en nature (art. 452).

Cette obligation n'incombe pas aux père et mère qui ont la jouissance légale et qui ont, en conséquence, le droit d'exercer leur jouissance en nature (art. 453).

3° **Fixation de la dépense annuelle du mineur.** — Le tuteur doit faire fixer par le conseil de famille la somme à laquelle pourra s'élever la dépense annuelle du mineur ainsi que celle résultant de l administration de ses biens (art. 454).

Il fera également déterminer par le conseil la somme à laquelle commencera pour lui l'emploi de l'excédent des revenus sur la dépense (art 455).

Cette dernière obligation a une sanction rigoureuse. Faute d'avoir fait fixer cette somme, le tuteur devra les intérêts de toute

somme non employée, quelque modique qu'elle soit, à partir de l'expiration du délai de six mois (art. 456).

Cette obligation n'incombe pas aux père et mère qui ont la jouissance légale.

4° **Emploi des capitaux disponibles.** — D'après l'article 6 de la loi du 27 février 1880, dont nous avons déjà parlé plus haut (1), le tuteur doit faire emploi des capitaux disponibles au moment de l'ouverture de la tutelle, dans les trois mois qui suivent, sous peine d'être responsable des intérêts à l'expiration de ce délai. Le Code civil était muet à cet égard.

5° **Conversion des titres au porteur en titres nominatifs.** — La même loi, préoccupée de sauvegarder la fortune mobilière du mineur, oblige le tuteur, dans le même délai de trois mois, à convertir les titres au porteur en titres nominatifs ; précaution indispensable pour empêcher que le tuteur ne les aliène librement. Lorsque les titres ne sont pas susceptibles d'être convertis, le tuteur doit obtenir du conseil de famille, dans le même délai de trois mois, l'autorisation de les aliéner ou de les conserver ; mais dans ce dernier cas, le conseil pourra prescrire que ces titres soient déposés à la Caisse des dépôts et consignations, ou entre les mains d'une personne ou d'une société spécialement désignée (art. 5, loi de 1880).

Le subrogé tuteur est chargé de veiller à l'exécution de ces prescriptions ; il devrait faire comparaître devant le conseil de famille le tuteur qui ne s'y conformerait pas (art. 7, loi de 1880).

b) *Obligations du tuteur pendant sa gestion.*

Obligation d'ordre général. — Le tuteur est tenu d'une obligation générale qui est celle d'administrer les biens du mineur en bon père de famille, c'est-à-dire d'apporter à la gestion des biens du mineur les soins d'un administrateur diligent. Il répond des dommages-intérêts qui pourraient résulter d'une mauvaise gestion (art. 450).

Obligations spécialement déterminées par la loi. — En dehors de cette obligation générale, le tuteur est tenu de certaines obligations spécialement déterminées par la loi, qui ne sont pour la plupart que la reproduction de celles qui lui incombent au début de la tutelle :

(1) Voir *suprà*, p. 334.

1° Faire emploi de l'excédent des revenus sur les dépenses annuelles dans le délai de six mois (art. 455).

2° Faire emploi des capitaux qui viennent à échoir au mineur, dans le délai de trois mois (art. 6, loi de 1880).

3° Convertir en titres nominatifs les titres au porteur qui adviendraient au mineur de quelque manière que ce fût (art. 5, loi de 1880).

c) *Obligations du tuteur à la fin de la tutelle.*

Double obligation. — Lorsque la tutelle prend fin, le tuteur est tenu de remplir une double obligation : rendre son compte de tutelle et restituer au mineur ses biens.

Reddition du compte de tutelle. — *Définition.* — Le compte de tutelle est un état détaillé de tout ce que le tuteur a reçu pour le compte du pupille et de tout ce qu'il a dépensé et avancé pour lui. Il a pour base essentielle l'inventaire qui a été dressé au début de la tutelle.

Circonstances qui donnent lieu à la reddition du compte de tutelle. — La reddition du compte de tutelle a lieu toutes les fois que la tutelle prend fin, de quelque manière que ce soit :

1° Par la mort du tuteur. Le compte est alors rendu par ses héritiers au nouveau tuteur qui prendra la suite de la gestion.

2° Par la mort du pupille. Le compte est alors rendu à ses héritiers par le tuteur.

3° Par la destitution ou l'admission d'une excuse. Le tuteur qui sort de charge rend son compte à celui qui le remplace.

4° Par l'émancipation du mineur. Dans ce cas, le compte est rendu par le tuteur au mineur émancipé assisté de son curateur (art. 480).

5° Par la majorité du pupille. C'est au pupille lui-même devenu majeur que le tuteur rend ses comptes.

En dehors de ce compte de tutelle, que la loi appelle *définitif*, le tuteur, autre que le père et la mère, peut être tenu par délibération du conseil de famille à remettre, chaque année au subrogé tuteur, un état de situation pour lui permettre de contrôler la gestion du tuteur (art. 470).

Forme du compte de tutelle. — Le compte de tutelle n'est pas un acte solennel ; la présence d'un notaire n'est pas nécessaire. Cependant la loi a prescrit certaines mesures de détail qu'il est intéressant de connaître (art. 471 et 472).

1° Le compte de tutelle comporte un état de recettes et de dépenses. La loi veut que les dépenses qui figurent au compte soient justifiées par des pièces que le tuteur remettra à l'ayant droit (1) avec son compte.

2° La remise du compte et des pièces justificatives doit être constatée par un récépissé de l'ayant droit.

Les frais du compte de tutelle sont à la charge du pupille, mais le tuteur doit en faire l'avance (art. 471).

Mesures exceptionnelles de protection à l'égard du mineur devenu majeur. — La loi a voulu prévenir le mineur, devenu majeur (2)), contre l'ascendant naturel que son tuteur exerce sur son esprit et contre la hâte excessive que le mineur peut éprouver de prendre en mains l'administration de sa fortune, et de briser les dernières entraves qui le rattachent à l'état d'incapacité qui vient de prendre fin.

A cette préoccupation se rattachent les deux solutions suivantes:

1° Tout traité relatif au compte de tutelle, quitus, décharge ou transaction, est nul, s'il est antérieur à l'expiration d un délai de dix jours depuis la date du récépissé du compte et des pièces justificatives, ci-dessus indiqués (art. 472 et 2045).

2° Le mineur devenu majeur ne peut disposer par donation entre vifs ou par testament au profit de celui qui a été son tuteur, les ascendants exceptés, si le compte définitif de tutelle n'a été préalablement rendu et apuré (art. 907).

Des actions qui résultent du compte de tutelle. — Le compte de tutelle peut se clôturer par un reliquat en faveur du pupille ou par un reliquat en faveur du tuteur.

Lorsque le reliquat est en faveur du pupille, il porte intérêt de plein droit à compter de la clôture du compte. La loi n'a pas voulu que les ménagements qu'il a pour son tuteur soient de nature à compromettre ses intérêts (art. 474, § 1).

Lorsque le reliquat est en faveur du tuteur, il porte intérêt du jour de la sommation de payer qui aura suivi la clôture du compte (art. 474, § 2). Jusqu'à la loi du 7 avril 1900, il y avait là également une exception au droit commun, puisqu'en principe la dette

(1) Dans l'article 472 *in fine*, le Code emploie l'expression d'*oyant* compte pour dire celui qui ouït, qui entend la reddition du compte ; vieille expression peu usitée aujourd'hui.

(2) Ces deux solutions étant exceptionnelles ne doivent pas être étendues par voie d'analogie. Ainsi, elles ne s'appliqueraient pas au mineur émancipé qui reçoit son compte de tutelle avec l'assistance du curateur.

de sommes d'argent ne produisait d'intérêts qu'à partir de la demande en justice.

Durée de la prescription des actions relatives à la tutelle. — Aux termes de l'article 475, toute action du mineur contre son tuteur, relativement aux faits de la tutelle, se prescrit par dix ans à compter de la majorité.

C'est une prescription plus courte que la prescription ordinaire qui est de trente ans. La loi a pensé qu'il serait bien rigoureux de faire peser sur le tuteur la responsabilité de la gestion pendant trente années.

Cette prescription s'applique à toutes les actions relatives à la gestion même du tuteur, notamment, à l'action tendant à obtenir du tuteur qu'il rende ses comptes et à l'action en responsabilité pour les fautes qu'il a pu commettre pendant sa gestion.

Au contraire, durent trente ans : l'action en restitution des biens du pupille et l'action en paiement du reliquat constaté par le compte de tutelle (1).

***§ 5. — Sanction des règles précédentes.

Position de la question. — La question qui se pose est la suivante : quel est le sort des actes accomplis par le tuteur au nom du pupille en observant les formalités prescrites par la loi ? Quel est le sort des actes accomplis par le tuteur sans observer ces formalités ? ou accomplis par le mineur lui-même agissant seul ?

Actes accomplis par le tuteur en observant les formalités prescrites par la loi. — Les actes que le tuteur passe au nom du pupille en observant les formalités prescrites par la loi, sont aussi valables que s'ils avaient été faits par une personne majeure. On ne peut en demander la nullité, même s'ils causent une lésion au pupille ; en pareil cas, la seule ressource du mineur est d'agir en dommages-intérêts contre le tuteur qui est responsable de ses fautes.

Cette solution est non seulement très logique, mais elle est conforme à l'intérêt bien entendu du mineur ; personne ne voudrait traiter avec son tuteur, et le mineur n'aurait aucun crédit si les actes faits par le tuteur, avec les formalités prescrites par la loi, pouvaient être attaqués pour cause de lésion.

(1) Dans ce sens, Beudant, II, n° 896 ; Aubry et Rau, I, p. 496.

Actes accomplis par le tuteur sans observer les formalités prescrites par la loi. — Il en est autrement des actes que le tuteur accomplirait sans se conformer à la loi : par exemple, un tuteur a fait seul un acte pour lequel il aurait fallu l'autorisation du conseil de famille. L'acte du tuteur est entaché d'une nullité relative ; et pour obtenir la nullité, le mineur ou son représentant n'a qu'une preuve à fournir au tribunal, c'est que les formes prescrites par la loi n'ont pas été observées.

Actes accomplis par le mineur lui-même. — Les actes accomplis par le mineur lui-même sont entachés d'une nullité relative. Mais la preuve à fournir par le mineur ou par son représentant légal pour obtenir la nullité varie suivant la distinction suivante (1).

a) L'acte fait par le mineur n'aurait pu être accompli par le tuteur qu'avec l'autorisation du conseil de famille, avec ou sans l'homologation du tribunal.

Pour obtenir la nullité, il suffit de démontrer que la formalité prescrite par la loi n'a pas été observée.

On dit que l'acte est nul pour vice de forme.

b) L'acte fait par le mineur aurait pu être accompli par le tuteur agissant de sa seule autorité.

La nullité ne peut être obtenue que si l'acte dont il s'agit a causé une lésion au mineur. C'est dans ce cas que l'adage ancien reçoit son application *minor non restituitur tanquam minor sed tanquam læsus* (art. 1305).

§ 6. — Fin de la tutelle.

Deux sortes de causes. — Deux sortes de causes mettent fin à la tutelle : les unes, procédant du chef du mineur, suppriment la tutelle d'une façon absolue pour toujours ; les autres, procédant du chef du tuteur, entraînent plutôt un changement de tuteur que la fin même de la tutelle.

Causes procédant du mineur. — Ces causes sont au nombre de trois.

Ce sont :

1° La *majorité,* que la loi a fixée à vingt et un ans accomplis (art. 488).

(1) Cette distinction se déduit des derniers termes de l'article 1311. « Il n'est plus restituable .. . soit que cet engagement fût nul *en sa forme*, soit qu'il fût seulement *sujet à restitution*. »

Pour déterminer le moment précis où commence la majorité, on doit calculer *de hora ad horam*, à partir du moment de la naissance, qui doit être indiqué dans l'acte de naissance. Ainsi, un individu né le 31 décembre 1902 à cinq heures du soir, sera majeur le 31 décembre 1923 à cinq heures du soir.

2° L'*émancipation*, qui met fin à la tutelle et donne lieu à la curatelle.

3° La *mort* du mineur.

Causes procédant du tuteur. — Elles sont au nombre de deux :

1° La *mort* du tuteur.

2° L'incapacité, l'excuse ou la destitution qui font sortir le tuteur de charge.

§ 7. — Des particularités de la tutelle des enfants naturels.

Trois points spéciaux. — Les particularités de la tutelle des enfants naturels se réfèrent à trois points : à l'ouverture de la tutelle ; à la désignation du tuteur ; et à la composition du conseil de famille.

Ouverture de tutelle. — Les enfants naturels sont en tutelle dès leur naissance. S'ils ont été reconnus par le père ou par la mère, il y a à la fois puissance paternelle et tutelle ; s'ils n'ont pas été reconnus, ou si le père ou la mère qui a reconnu l'enfant naturel est décédé, il y a seulement tutelle. A aucun moment, l'enfant naturel n'est soumis au régime de l'administration légale : cette institution suppose nécessairement le mariage. C'est ce qui résulte formellement de l'article 389. « Le père est, *durant le mariage*, administrateur des biens personnels de ses enfants mineurs ». Là où le mariage n'existe pas, la loi impose les garanties de la tutelle

Désignation du tuteur. — *Points certains*. — En ce qui concerne la désignation du tuteur des enfants naturels, deux points sont certains.

Il n'y a jamais lieu à la tutelle des ascendants ; l'enfant naturel n'ayant de lien de parenté qu'avec le père ou la mère qui l'a reconnu.

Il y a lieu à la tutelle dative du conseil de famille, soit lorsque l'enfant naturel n'a pas été reconnu, soit lorsque les père et mère qui l'ont reconnu sont décédés.

Points controversés. — Il y au contraire discussion sur le point de savoir s'il y a lieu, pour l'enfant naturel, à la tutelle légale du père ou de la mère qui l'a reconnu et à la tutelle testamentaire du survivant des père et mère.

D'après la jurisprudence, il faudrait assimiler entièrement sur tous ces points l'enfant naturel à l'enfant légitime. A l'appui de cette solution, on invoque que la loi n'établit aucune différence entre l'enfant légitime et l'enfant naturel, en matière de tutelle, et que dès lors toute distinction à cet égard serait purement arbitraire.

Les auteurs en général sont opposés à cette manière de voir ; ils écartent la tutelle légale et la tutelle testamentaire, en ce qui concerne l'enfant naturel, et n'admettent à son égard que la tutelle déférée par le conseil de famille. En faveur de cette solution ils font observer que les articles qui organisent la tutelle légale et la tutelle testamentaire supposent toujours l existence du mariage, notamment les articles 390, 399 et 400. Ce sont là des institutions propres aux enfants légitimes.

Composition du conseil de famille. — Le conseil de famille de l'enfant naturel ne peut pas comprendre des parents du mineur, puisque, nous l'avons dit plus d'une fois, l'enfant naturel n'a d'autres parents que le père ou la mère qui l'a reconnu. Il sera composé d'amis du père ou de la mère, si l'enfant naturel a été reconnu, dans le cas où aucune reconnaissance légale n'existera, il comprendra les amis de ceux qui sont en fait réputés être le père ou la mère de l'enfant naturel (1).

CHAPITRE II. — DE L'ÉMANCIPATION ET DE LA CURATELLE.

Notions préliminaires.

Définition. — L'émancipation est une institution qui, tout en mettant fin à la puissance paternelle, a pour but spécial de conférer au mineur une demi-capacité qui le place dans une situation intermédiaire entre le mineur ordinaire et le majeur.

Le mineur émancipé n'est pas, comme le mineur ordinaire, représenté par son père, administrateur légal ou par son tuteur ; il agit par lui-même, mais il est assisté d'un curateur qui l'aide des conseils de son expérience.

(1) En ce sens, Beudant, II, n° 805.

Comparaison avec l'émancipation Romaine. — L'émancipation du droit français moderne diffère essentiellement de l'émancipation Romaine de l'époque primitive. A Rome, l'émancipation avait uniquement pour but de mettre fin à la *patria potestas* et de faire sortir l'enfant de la famille en lui enlevant tous ses droits à la succession de ses parents agnatiques ; elle n'avait pas pour objet ni pour résultat de conférer une plus grande capacité juridique à l'enfant. Par l'émancipation, il devenait bien *sui juris*, c'est-à-dire chef d'une nouvelle famille, et apte à avoir un patrimoine ; mais, s'il était impubère, il était placé en tutelle.

L'institution du droit Romain qui se rapproche le plus de l'émancipation française est la *venia ætatis*; elle pouvait être conférée par rescrit impérial à 18 ans à la fille, à 20 ans à l'homme, et elle avait pour résultat de supprimer le bénéfice de l'*in integrum restitutio*, tout en laissant subsister les prohibitions de l'*oratio Severi* relativement à l'aliénation des *prædia rustica vel suburbana*.

Emploi inusité de l'émancipation dans la pratique. — L'émancipation n'est pas une situation se produisant de plein droit à un certain âge, et destinée à servir de transition nécessaire entre l'incapacité absolue du mineur ordinaire et la capacité entière du majeur (1).

Elle résulte d'un acte essentiellement volontaire : du mariage de l'enfant ou d'une décision formelle de la famille, qui ne se produira guère dans la pratique que pour autoriser le mineur à faire le commerce.

Division du chapitre. — Nous étudierons dans quatre paragraphes :

1° Les sources de l'émancipation ;
2° Les effets de l'émancipation ;
3° L'étendue de la capacité du mineur émancipé ;
4° Les causes qui mettent fin à l'émancipation.

§ 1. — Sources de l'émancipation.

Deux sortes d'émancipation. — Il existe deux sortes d'émancipation : l'émancipation expresse et l'émancipation tacite.

(1) Il en était ainsi d'après le projet primitif du Code ; le mineur se trouvait émancipé de plein droit à dix-huit ans et il devenait majeur à vingt-cinq ans, après une période de stage où il pouvait acquérir une certaine expérience des affaires sans grand danger pour ses intérêts (Locré, *op. cit.*, VII, p. 145).

Emancipation tacite. — L'émancipation tacite est celle qui résulte de plein droit du mariage (art. 476).

Il a paru au législateur que l'homme, qui par le mariage, devient chef de famille et qui va se trouver investi de la puissance maritale et de la puissance paternelle sur les enfants à naître, ne devait pas lui même rester soumis à la puissance paternelle et à la tutelle ; et il a paru également convenable de décider que la femme qui se marie devait être affranchie de ces deux autorités pour être placée sous la seule autorité de son mari.

Emancipation expresse. — L'émancipation expresse est celle qui résulte de la volonté formellement manifestée par les représentants de l'enfant d'après la distinction suivante.

a) *L'enfant est soumis à la puissance paternelle.* — Lorsque l'enfant est soumis à la puissance paternelle, que cette puissance s'exerce seule ou qu'elle soit combinée avec la tutelle, le droit d'émanciper l'enfant appartient à celui des deux parents qui exerce la puissance paternelle, normalement donc au père, et à défaut du père, à la mère.

L'émancipation est possible dès que l'enfant a atteint l'âge de quinze ans révolus (art 477).

L'émancipation est faite par une déclaration du père ou de la mère devant le juge de paix assisté de son greffier (art. 477).

b) *L'enfant est en tutelle.* — Lorsque la puissance paternelle n'existe pas et qu'il y a tutelle et rien que tutelle, le droit de conférer l'émancipation à l'enfant appartient, non au tuteur, mais au conseil de famille (art 478, § 1).

Si le tuteur ne fait aucune diligence pour réunir le conseil de famille dans ce but, les parents jusqu'au degré de cousin germain pourront provoquer cette réunion pour que le conseil délibère à ce sujet (art. 479).

L'émancipation ne peut être conférée à l'enfant par le conseil de famille qu'à l'âge de dix-huit ans. L'enfant n'ayant plus son père et sa mère, il a paru que l'émancipation serait trop dangereuse pour le mineur avant cet âge.

L'émancipation résulte dans le second cas de la délibération du conseil de famille qui l'autorise et de la déclaration que le juge de paix, comme président de ce conseil, aura faite dans le même acte, que le mineur est émancipé (art. 478, § 2).

§ 2. — Effets de l'émancipation.

Distinction. — L'émancipation produit des effets à l'égard de la personne et à l'égard des biens de l'enfant émancipé.

Effets à l'égard de la personne. — En ce qui concerne sa personne, l'enfant émancipé est à peu de chose près dans la même situation qu'un majeur.

Il échappe désormais au droit d'éducation du père ou du tuteur ainsi qu'au droit de garde et de correction qui en sont les conséquences.

Il a le droit de se choisir un domicile (art. 198) ; il peut signer un engagement militaire (art. 50, loi du 21 mars 1905).

Il reste incapable à deux points de vue : 1° pour l'adoption, qui suppose la majorité (art. 346) ; 2° pour le mariage, qui nécessite le consentement des parents jusqu'à 21 ans pour la femme et jusqu'à 25 ans pour l'homme.

Effets à l'égard des biens. — A l'égard des biens, l'émancipation entraîne un double résultat :

1° Elle met fin à la jouissance légale du père ou de la mère ;

2° Elle remplace le régime de l'administration légale et de la tutelle par le régime de la curatelle.

Organisation de la curatelle. — *Personnel de la curatelle.* — A la différence de la tutelle qui comporte trois organes essentiels : le tuteur, le subrogé tuteur et le conseil de famille, la curatelle n'a que deux organes : le curateur et le conseil de famille.

Désignation du curateur. — Il n'y a pas en principe de curatelle légale au profit du père, de la mère ou des ascendants, comme nous avons vu qu'il y avait tutelle légale ; il n'existe pas non plus de curatelle testamentaire. La règle est que le curateur est toujours désigné par le conseil de famille.

Une seule exception est admise par la jurisprudence et par les auteurs : le mari est de droit le curateur de sa femme. On tire argument, en faveur de cette solution, de l'article 506, qui accorde de droit la tutelle de la femme à son mari en cas d'interdiction judiciaire.

Fonctions du curateur. — Les fonctions du curateur sont bien différentes de celles du tuteur.

D'abord, il ne s'occupe pas de la personne du mineur, ainsi que nous l'avons expliqué plus haut.

D'autre part, en ce qui concerne les biens du mineur, son rôle

est tout autre que celui du tuteur. Il ne représente pas le mineur et il n'administre pas son patrimoine ; il se borne à assister le mineur qui figure en personne dans tous les actes de la vie civile.

Il suit de là que les garanties particulières que la loi a établies en matière de tutelle n'existent pas en matière de curatelle ; le curateur n'est pas assisté d'un subrogé tuteur et ses immeubles ne sont pas frappés d'une hypothèque légale comme ceux d'un tuteur.

Règles communes à la tutelle et à la curatelle. — Il est un certain nombre de règles communes à la tutelle et à la curatelle. Il en est ainsi, notamment en ce qui concerne les causes d'excuses, d'incapacité, de destitution et d'exclusion, l'organisation et les attributions du conseil de famille. Enfin, la curatelle, comme la tutelle, est une charge gratuite et obligatoire.

**§ 3. — Etendue de la capacité du mineur émancipé.

Distinction. — La capacité du mineur émancipé est très variable suivant la nature des actes.

Il y a des actes qu'il peut faire seul ;

Il y en a d'autres pour lesquels il lui faut l'assistance du curateur ;

Il y en a d'autres enfin pour lesquels il est entièrement assimilé au mineur non émancipé au point de vue des autorisations nécessaires.

I. Actes que le mineur émancipé peut faire seul. — Le mineur ne peut faire seul que les actes de *pure* administration (art. 481).

Rentrent dans cette catégorie les actes suivants :

1° Donner à bail un immeuble pour une durée qui n'excède pas neuf ans ;

2° Prendre à bail un immeuble ;

3° Recevoir ses revenus, en donner décharge et en disposer librement ;

4° Vendre ses récoltes et disposer des produits de son travail ;

4° Intenter les actions mobilières ou y défendre ;

6° Faire tous les actes conservatoires, tels qu'inscriptions d'hypothèques ou de privilèges, interruption de prescription, etc.

II. Actes que le mineur émancipé ne peut faire qu'avec l'assistance de son curateur. — Les actes que le mineur ne peut pas faire sans l'assistance du curateur sont :

1° Recevoir son compte de tutelle (art. 480) ;

2° Intenter une action immobilière ni y défendre ;

3° Recevoir un capital mobilier, en donner décharge et en faire emploi (art. 481) ;

4° Intenter une action en partage ou y défendre (art. 840) ;

5° Accepter une donation entre vifs ou un legs (art. 935, § 2) ;

6° Aliéner ses meubles corporels lorsque cette aliénation ne rentre pas dans les actes de pure administration.

III. Actes pour lesquels le mineur émancipé doit obtenir les mêmes autorisations qu'un mineur non émancipé. — Pour tous les actes qui dépassent les limites de la pure administration et qui ne rentrent pas dans la 2e catégorie, le mineur émancipé doit obtenir, comme un mineur ordinaire, le consentement du conseil de famille avec ou sans homologation du tribunal (1).

Il en est ainsi :

1° Pour l'acceptation ou la répudiation d'une succession, l'autorisation du conseil de famille est nécessaire ;

2° Pour l'aliénation des immeubles, pour l'hypothèque et pour l'emprunt, il faut l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal ;

3° Pour la transaction, les mêmes formalités sont nécessaires avec l'avis conforme de trois jurisconsultes. Enfin, les actes interdits au mineur non émancipé, tels que la donation entre vifs et le compromis sont également interdits au mineur émancipé.

De l'application au mineur non émancipé de la loi du 27 février 1880 sur l'aliénation des valeurs mobilières. — Les dispositions de la loi du 27 février 1880, qui subordonnent l'aliénation des valeurs mobilières, ainsi que la conversion des titres nominatifs en titres au porteur, à l'autorisation du conseil de famille, avec ou sans homologation du tribunal, suivant l'importance du titre, reçoivent en principe leur application en ce qui concerne le mineur émancipé.

Cependant, deux catégories de mineurs échappent à l'application de cette loi :

1° Les mineurs émancipés par le mariage.

Le législateur de 1880 a pensé que, s'il s'agit d'un homme, il méritait plus de confiance, parce qu'il est chef de famille et qu'il devait avoir le sentiment de sa responsabilité ; et que, si c'était

(1) Cela résulte de l'article 484, implicitement.

une femme, la nécessité d'obtenir l'autorisation maritale était une garantie suffisante pour la sauvegarde de ses intérêts (art. 4, *in fine*).

2° Les mineurs émancipés par le père ou par la mère (1).

La raison qui a guidé le législateur est que l'émancipation conférée par le père ou par la mère est accordée à l'enfant après réflexion et dans le seul intérêt de l'enfant, parce qu'il s'est réellement montré digne d'échapper à l'incapacité qui atteint le mineur ordinaire. Dès lors il n y a pas lieu de lui appliquer les limitations de la loi nouvelle. Tandis que l'émancipation conférée par le conseil de famille est souvent motivée plutôt par le désir de mettre fin aux difficultés de la tutelle que par la maturité d'esprit révélée par le mineur.

Il faut d'ailleurs observer que ces deux classes de mineurs ne peuvent aliéner leurs valeurs mobilières qu'avec l'assistance du curateur ; parce que cette aliénation dépasse les limites de la pure administration.

Remarque. — Toutes les fois que pour accomplir un acte juridique le mineur a besoin de l autorisation du conseil de famille, avec ou sans l'homologation du tribunal, l'assistance du curateur n'est pas nécessaire.

Sanction des règles relatives à la capacité du mineur émancipé. — Il convient d'établir à ce sujet les distinctions suivantes :

1° Un mineur émancipé a fait un acte qu'il pouvait faire seul. L'acte est aussi valable que s'il avait été accompli par un majeur. Cependant, lorsqu'il s'agit d'obligations contractées par voie d achats ou autrement, le mineur peut en obtenir du tribunal la réduction en cas d'excès.

C'est là une faculté exorbitante dont les tribunaux doivent user avec une grande modération, en prenant en considération la fortune du mineur, la bonne ou la mauvaise foi des personnes qui auront contracté avec lui, l'utilité ou l'inutilité des dépenses (art. 484).

Cette action en réduction ne peut être exercée que par le mineur lui même.

2° Un mineur émancipé fait seul un acte qu'il n'aurait dû faire qu'avec l'assistance de son curateur.

(1) Cela résulte des premiers termes de l'article 4 « le mineur émancipé *au cours de la tutelle* », mais les expressions employées par la loi sont impropres ; elle voulait dire le mineur émancipé par le père ou par la mère.

L'acte est entaché d'une nullité relative ; et le tribunal ne peut prononcer la nullité que si le mineur rapporte la preuve que l'acte accompli lui a causé une lésion.

3° Enfin, un mineur émancipé fait seul un acte pour lequel l'autorisation du conseil de famille, avec ou sans homologation du tribunal, était nécessaire.

L'acte est entaché d'une nullité relative comme dans le second cas ; mais la preuve de la lésion n'est pas nécessaire ; il suffit de démontrer que les formes prescrites par la loi n'ont pas été observées.

Capacité exceptionnelle du mineur commerçant. — Pour faire des actes de commerce, le mineur doit remplir plusieurs conditions indiquées par l'article 4 du Code de commerce (1).

Le mineur qui réunit ces conditions est pleinement capable pour faire valablement tous les actes qui concernent son commerce ; il peut notamment hypothéquer ses immeubles pour les besoins de son négoce. Il reste cependant incapable, même pour son commerce, d'aliéner ses immeubles sans observer les règles du droit civil (art. 660).

§ 4. — Causes qui mettent fin à l'émancipation.

Cause normale. — La cause normale qui met fin à l'émancipation et à la curatelle est la majorité de l'enfant.

Cause exceptionnelle. – Révocation de l'émancipation. — *Quelle émancipation peut être révoquée.* — Seule peut être révoquée l'émancipation expresse ; l'émancipation tacite est au contraire irrévocable.

Cause de révocation. — Il n'existe qu'une seule cause de révocation, c'est la réduction, par décision du tribunal, des engagements pris par le mineur (art. 485). L'inconduite du mineur ne serait pas une cause de révocation.

Forme de la révocation. — L'émancipation est retirée en suivant les mêmes formes que celles qui ont été employées pour la conférer, c'est-à-dire par une déclaration du père ou de la mère devant le juge de paix ou par une délibération du conseil de famille.

Effets de la révocation. — La révocation a pour effet de repla-

(1) Consulter sur ce point Boitel et Foignet, *Notions de droit commercial*, Ch. Delagrave, éditeur, p. 22.

cer le mineur dans la situation dans laquelle il aurait été si l'émancipation n'avait pas eu lieu. Il sera remis sous la puissance paternelle si son père et sa mère vivent, sous la puissance paternelle et sous la tutelle, si l'un d'eux est décédé ; sous la tutelle pure et simple, si tous les deux sont décédés ou hors d'état, en droit ou en fait, d'exercer la puissance paternelle.

CHAPITRE III. — INTERDICTION JUDICIAIRE.

Diverses situations possibles d'un aliéné. — Une personne frappée d'aliénation mentale peut être dans l'une des trois situations suivantes au point de vue juridique (1) :

1° Elle peut être interdite judiciairement ;
2° Elle peut être internée dans un asile d'aliénés ;
3° Elle peut être ni interdite ni internée.

Sa condition juridique est bien différente dans ces trois cas, ainsi que nous le verrons successivement.

Définition de l'interdiction judiciaire. — L'interdiction judiciaire est une mesure de protection, qui consiste à mettre en tutelle, comme un mineur ordinaire, toute personne qui se trouve dans un état habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur.

Division du chapitre. — Nous étudierons dans ce chapitre :

1° Dans quels cas peut avoir lieu l'interdiction judiciaire ;
2° Quelle est la procédure de l'interdiction judiciaire ;
3° Quels sont les effets de l'interdiction judiciaire.

Nous consacrerons un paragraphe spécial à chacune de ces questions.

§ 1. — Dans quel cas peut avoir lieu l'interdiction judiciaire.

Causes de l'interdiction judiciaire. — D'après l'article 489 l'interdiction judiciaire est motivée par l'état habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur.

L'imbécillité, la démence et la fureur sont trois formes de l'aliénation mentale qui ont leurs caractères propres.

L'imbécillité suppose un arrêt dans le développement de l'in-

(1) Nous ne parlons que des cas extrêmes de folie ; car la faiblesse d'esprit, qui est une folie atténuée, entraîne comme conséquence le conseil judiciaire.

telligence qui est et reste stationnaire. La démence est un affaiblissement des facultés mentales qui se manifeste par le désordre dans les idées. La fureur est un dérangement de l'organisme qui se traduit par des actes de violence aussi dangereux pour le fou que pour les personnes qui l'approchent.

Pour que l'interdiction puisse être prononcée par le tribunal la loi exige que l'aliénation mentale soit à l'état habituel. Cela ne veut pas dire que cet état doit être continu ; non, il suffit que ce soit l'état ordinaire de la personne dont on demande l'interdiction; il importe peu d'ailleurs que cet état présente des intervalles lucides.

Qui peut être interdit judiciairement ? — L'article 489 ne parle de l'interdiction judiciaire qu'à l'égard du majeur Doit-on en conclure que le mineur ne peut pas être interdit ? non. La loi en parlant du majeur a prévu le cas le plus fréquent ; mais il serait inexact d'en conclure que c'est le cas unique dans lequel l'interdiction peut être prononcée.

L'interdiction peut être très utile à l'égard du mineur émancipé pour substituer le régime de la tutelle à celui de la curatelle.

Elle présente aussi un intérêt à l'égard du mineur non émancipé, à la veille de la majorité, pour éviter qu'il ne puisse compromettre ses intérêts pendant le temps plus ou moins long qui s'écoulerait entre le moment où il deviendrait majeur et le prononcé du jugement d'interdiction (1).

Il faut admettre également que les femmes, comme les hommes, peuvent être l'objet d'un jugement d'interdiction.

**§ 2. — Procédure de l'interdiction judiciaire.

Qui peut provoquer l'interdiction ? — Le droit de provoquer l'interdiction judiciaire est accordé par la loi à trois catégories de personnes d'une façon limitative (art. 490, 491) (2) :

1° Au conjoint de l aliéné, qui a un intérêt moral et pécuniaire à prendre cette initiative.

2° A tout parent, sans aucune distinction entre les parents lé-

(1) D'ailleurs, l'article 174 et l'article 175 supposent bien que le tuteur d'un mineur peut provoquer son interdiction judiciaire.

(2) L'interdit lui-même pourrait-il provoquer son interdiction dans un intervalle lucide ? La question est discutée. La solution affirmative doit être admise.

gitimes, naturels ou adoptifs, et sans aucune limitation au point de vue du degré.

3° Au ministère public. En ce qui concerne le ministère public, la loi distingue la fureur et les autres cas d'aliénation mentale.

Au cas de fureur, le ministère public est obligé d'agir ; et son intervention est obligatoire même lorsque l'aliéné a son conjoint ou des parents (1).

Au cas d'imbécillité ou de démence, l'intervention du ministère public est facultative et subsidiaire ; elle n'est possible que si l'aliéné n'a ni conjoint ni parent.

Marche de la procédure. — *Tribunal compétent.* — Le tribunal compétent est le tribunal civil du domicile de celui dont on demande l'interdiction et qui est défendeur au procès (art 492).

Différentes phases. — La procédure passe par les différentes phases suivantes :

1° La demande d'interdiction est formulée par voie de requête adressée au président du tribunal dans lequel les faits d imbécillité, de démence ou de fureur seront *articulés*. c'est-à dire indiqués d'une façon précise. article par article. avec énonciation des témoins et des pièces dont on a l'intention de se servir à l'appui de sa demande (art. 493, C civ. et 890, C. pr. civ.).

La requête est communiquée par le président du tribunal au ministère public et un juge est désigné pour faire le rapport à un jour indiqué (art. 891. C. pr. civ.).

2° Sur le rapport du juge et après les conclusions du ministère public, le tribunal ordonne que le conseil de famille sera convoqué et donnera son avis sur l'état de la personne dont l'interdiction est demandée art. 892).

Ceux qui ont provoqué l'interdiction ne peuvent faire partie du conseil de famille, sauf le conjoint et les enfants de la personne dont l interdiction est poursuivie, sans qu'ils aient cependant voix délibérative (art 495).

3° Après avoir reçu l'avis du conseil de famille, le tribunal interroge le défendeur en chambre du conseil : s'il n'est pas en état de s'y présenter, il est interrogé par un des juges à ce com-

(1) Cette intervention était importante sous l'empire du Code civil, parce que l'interdiction judiciaire était le préliminaire de l'internement de l'aliéné. Cette intervention présente moins d'intérêt depuis que la loi du 30 juin 1838 sur les aliénés a organisé l'internement d'office sur l'ordre du préfet (Voir notre *Manuel de droit administratif*, p. 305 et suiv.).

mis assisté de son greffier, et en présence du ministère public (art. 496).

Après ce premier interrogatoire, le tribunal pourra nommer un administrateur provisoire pour prendre soin de la personne et des biens du défendeur, si les circonstances l'exigent impérieusement (art. 497).

4° Le tribunal, qui n'est pas suffisamment édifié par les pièces produites, par l'interrogatoire du défendeur et par l'avis du conseil de famille, peut recourir à tous les moyens d'information qu'il juge convenables, tels que l'enquête et l'expertise médicale.

5° Le débat sur le fond a lieu et le jugement est rendu en audience publique (art. 498).

Diverses solutions possibles. — Le tribunal peut adopter l'une des trois solutions suivantes :

1° Rejeter purement et simplement la demande en interdiction judiciaire.

2° Prononcer l'interdiction judiciaire.

3° Prendre une demi-mesure consistant à donner au défendeur un conseil judiciaire (art. 499).

Nous retrouverons cette troisième solution dans un chapitre ultérieur. Nous devrons supposer, pour le moment, que le tribunal prononce l'interdiction judiciaire.

Publicité du jugement d'interdiction judiciaire. — Les tiers ont un grand intérêt à connaître les jugements qui prononcent l'interdiction judiciaire. Le Code civil avait organisé dans ce but une publicité qui a été complétée par la loi du 16 mars 1893 (art. 501).

1° Dans les dix jours, le jugement doit être levé, signifié et inscrit sur les tableaux qui doivent être affichés dans la salle de l'auditoire et dans les études des notaires de l'arrondissement.

2° Dans le mois, un extrait sommaire du jugement sera transmis par l'avoué du poursuivant au greffier du tribunal du lieu de naissance de l'interdit. Ce greffier devra en faire mention sur un registre spécial dont copie sera donnée à tout requérant.

C'est le commencement du casier judiciaire civil.

**§ 3. — Des effets de l'interdiction judiciaire.

Double effet de l'interdiction. — L'interdiction judiciaire produit un double effet.

1° Elle met l'interdit en tutelle ;

2° Elle le rend incapable d'exercer ses droits.

I. Tutelle de l'interdit judiciaire. — *Assimilation à la tutelle du mineur.* — En thèse générale, la tutelle de l'interdit judiciaire est soumise aux mêmes règles que la tutelle du mineur non émancipé (art. 509). Il suffit donc de noter les particularités de cette tutelle en renvoyant pour le surplus aux règles exposées précédemment à l'égard du mineur.

Des particularités de la tutelle de l'interdit judiciaire. — Les particularités de la tutelle de l'interdit judiciaire se rattachent à quatre ordres d'idées : à la désignation du tuteur, à la durée de ses fonctions, à l'emploi des revenus de l'interdit et à l'établissement de ses enfants.

1° *Désignation du tuteur.* — A l'égard de l'interdit judiciaire, il n'existe pas de tutelle légale du père ou de la mère, ni de tutelle testamentaire. Le tuteur est, en principe, désigné par le conseil de famille.

Par exception, la tutelle appartient de droit au mari à l'égard de sa femme interdite (art. 506).

La réciproque n'est d'ailleurs pas exacte. La femme n'est pas de plein droit tutrice de son mari ; elle peut seulement se voir attribuer cette fonction par le conseil de famille. En ce cas, le conseil de famille règle la forme et les conditions de l'administration, sauf le recours de la part de la femme qui se croirait lésée par cette décision (art. 507). La femme reste soumise à l'autorisation de la justice pour tous les actes qui concernent l'administration de son patrimoine propre (art. 222).

2° *Durée des fonctions du tuteur.* — Le tuteur d'un interdit judiciaire, à l'exception des époux, des ascendants et des descendants, a le droit de se faire décharger de la tutelle au bout de dix ans. Cette différence avec la tutelle du mineur se justifie par cette considération que la tutelle du mineur prend fin nécessairement à une époque connue à l'avance, le jour où le mineur atteindra sa majorité, tandis que la tutelle de l'interdit peut se prolonger indéfiniment jusqu'à la mort de l'interdit ou jusqu'à son retour à la santé.

3° *Emploi des revenus de l'interdit.* — Tandis que les revenus du mineur doivent être placés et capitalisés, les revenus de l'interdit doivent être essentiellement employés à adoucir son sort et à accélérer sa guérison. Selon les caractères de sa maladie et l'état de sa fortune, le conseil de famille peut arrêter qu'il sera traité

dans son domicile ou qu'il sera placé dans une maison de santé ou dans un hospice (art. 510).

Dans la pratique, cette prescription de la loi n'est pas observée comme il conviendrait De nombreux abus sont commis et les revenus des interdits sont souvent détournés de leur destination au profit de celui qui exerce la tutelle. Il serait nécessaire qu'un contrôle public intervînt et pût empêcher les abus (1).

4° *Mesure relative à l'établissement des enfants de l'interdit.* — Si l'interdit a un enfant et que cet enfant se marie, le conseil de famille détermine le montant de la dot qui sera constituée à l'enfant (art. 511). Rien de semblable n'est à prévoir à l'égard d'un mineur en tutelle.

** **II. De l'incapacité de l'interdit judiciaire.** — *Caractère de cette incapacité.* — L'incapacité de l'interdit judiciaire présente le même caractère que celle du mineur non émancipé, en ce que l'interdit est privé complètement de l'exercice de ses droits civils. Il ne figure en personne dans aucun acte qui intéresse la gestion de son patrimoine ; il est toujours représenté par son tuteur qui agit à sa place.

*** *Sort des actes faits par l'interdit judiciaire après le jugement d'interdiction.* — Les actes qu'un interdit judiciaire fait par lui-même postérieurement au jugement d'interdiction sont « nuls de droit », aux termes de l'article 502, § 2.

Que veut dire cette expression ?

1° « Nuls de droit » ne veut pas dire que ces actes soient nuls de plein droit, inexistants ou entachés d'une nullité absolue. Ce serait une grave erreur de donner à ces expressions un pareil sens.

(1) « Il y a... entre les mineurs et les interdits une différence de situation dont la loi n'a pas tenu suffisamment compte. Pour le mineur, les affections qui l'entourent veillent jusqu'à un certain point sur ses intérêts. De plus, quand il est arrivé à l'âge du discernement, il peut formuler ses griefs... obtenir ainsi le redressement de pratiques mauvaises. Enfin la tutelle a un terme fixe, le tuteur sait qu'à une époque déterminée, relativement peu éloignée, il aura des comptes à rendre. Très différente est la situation de l'interdit. Les affections n'existent pour ainsi dire plus pour lui, surtout s'il est relégué dans un asile, où bientôt on l'oublie. Son état même le met dans l'impossibilité de se plaindre .. Enfin la tutelle ne finit généralement qu'à la mort ; le tuteur, qui est généralement l'héritier présomptif le plus proche, peut, sans grande invraisemblance, croire qu'il n'aura de comptes à rendre qu'à lui-même. Les abus sont donc ici plus particulièrement à redouter ; en fait, ils paraissent être fréquents et nombreux. » Beuant, II, n° 974.

Toute nullité résultant de l'incapacité est une nullité relative. Il en est ainsi de la nullité des actes faits par l'interdit judiciaire. L'action en nullité n'appartient qu'à lui seul ; la partie avec laquelle il a traité ne peut pas s'en prévaloir. Cette action peut être couverte par la confirmation et par la prescription des actions en nullité (art. 1125 et art. 1304).

2° « Nuls de droit » cela veut dire nuls obligatoirement pour le tribunal qui est saisi de l'action en nullité.

Cela signifie en d'autres termes, que celui qui demande la nullité n'a pas à fournir la preuve que l'interdit judiciaire était en état de démence au moment précis où l'acte a été passé et que le tribunal ne peut pas admettre le défendeur à l'action en nullité à prouver que l interdit judiciaire était dans un moment lucide au moment de l acte dont il s agit (1).

L'interdiction judiciaire établit une présomption de folie continue à l'égard de l'interdit et cette présomption est irréfragable (2).

« Nuls de droit », cela veut dire aussi que l'interdit n'a pas comme le mineur à faire la preuve que l'acte qu'il a passé seul lui a causé une lésion.

La seule question qu'ait à examiner le tribunal, saisi d'une action en nullité pour un acte fait par un interdit judiciaire, est une question de date.

L'acte est-il postérieur au jugement d'interdiction ? Le tribunal est obligé d'en prononcer la nullité, sans avoir autre chose à examiner.

****Sort des actes faits par l'interdit judiciaire antérieurement au jugement d'interdiction.* — Les actes antérieurs au jugement d'interdiction ne sont pas « nuls de droit ». comme ceux qui sont passés postérieurement. Ils peuvent seulement être annulés lorsque la cause de l'interdiction existait notoirement à l'époque où ils ont été faits (art. 503).

A l'égard de ces actes, le tribunal a un pouvoir souverain d'appréciation ; il pourra rechercher notamment si le tiers a agi avec bonne foi, ou si l'acte attaqué a été passé dans un intervalle lucide.

(1) Le système du Code civil se sépare sur ce point du droit Romain. A Rome, les actes faits par un *furiosus* dans un intervalle lucide étaient valables. Le système du Code est préférable en raison des difficultés de preuve que soulève en pratique la question de savoir si tel individu était sain d'esprit ou en état de démence au moment où il a passé l'acte attaqué.

(2) Comme est irréfragable toute présomption sur le fondement de laquelle la loi déclare un acte nul (art. 1352).

D'ailleurs, la nullité dont il s'agit est également une nullité relative ; elle ne peut être invoquée que par l'interdit judiciaire et elle peut se couvrir par la confirmation ou par la prescription.

La solution donnée par l'article 503 est exceptionnelle ; elle a, en effet, pour résultat de faire produire au jugement d'interdiction un effet rétroactif ; ce qui ne devrait pas être, parce que c'est un jugement attributif et non pas un jugement déclaratif. C'est-à-dire qu'il crée une situation nouvelle, au lieu de constater un droit antérieur.

L'interdit judiciaire peut-il faire les actes qui ne comportent pas la représentation par un mandataire ? — Nous avons vu plus haut qu'il est certains actes que le mineur non émancipé peut faire par lui-même. Ce sont, notamment, le mariage ; le testament ; la reconnaissance d'un enfant naturel. On se demande si l'interdit judiciaire peut faire lui-même ces actes pendant un intervalle lucide. La question est controversée.

Dans une première opinion, on reconnaît à l'interdit judiciaire la capacité de faire ces actes, en faisant observer que ce sont là des actes qui ne comportent pas la représentation par un mandataire. Dès lors, si on refusait à l'interdit judiciaire le droit de les faire, comme ils ne pourraient pas être faits en son nom par son tuteur, ce serait le priver à cet égard non pas seulement de l'exercice du droit, mais de la jouissance et de l'exercice, alors qu'il n'est frappé que d'une incapacité d'exercice.

Dans une seconde opinion, on refuse à l'interdit judiciaire la capacité de faire ces actes. A l'appui de cette manière de voir, on invoque les termes absolus de l'article 502, § 2, qui déclare nuls *tous* actes faits postérieurement au jugement d'interdiction.

La plupart des auteurs adoptent la première opinion, tandis que la seconde opinion est admise par la jurisprudence, sauf en ce qui concerne le mariage.

Remarque. — De la responsabilité pénale et civile de l'interdit judiciaire. — L'interdiction judiciaire n'est pas elle-même une cause qui dispense l'interdit de toute responsabilité en matière pénale et en matière civile. L'interdit est responsable au point de vue pénal, comme en matière civile, au point de vue de la réparation pécuniaire, pour les infractions qu'il a commises ou pour les dommages qu'il a pu causer à autrui étant en état de lucidité d'esprit. La seule cause d'excuse est la démence au moment de l'acte et non pas l'état d'interdiction judiciaire (art. 64, C. P.).

Différences entre l'interdiction judiciaire et l'interdiction légale. — Il faut bien se garder de confondre l'interdiction judiciaire et l'interdiction légale.

L'interdiction judiciaire est une mesure de protection organisée par la loi dans l'intérêt d'une personne frappée d'aliénation mentale, tandis que l'interdiction légale est une peine accessoire qui résulte de plein droit de toute condamnation à une peine criminelle afflictive et infamante. Elle a surtout pour but d'enlever au condamné la libre disposition de ses biens pendant tout le temps de l'exécution de sa peine, afin qu'il ne puisse pas adoucir son sort en prison et qu'il n'ait pas la possibilité de corrompre ses gardiens.

De cette différence théorique résulte une conséquence pratique importante. Tandis que les actes faits par un interdit judiciaire sont frappés de nullité relative, les actes passés par un interdit légal sont entachés de nullité absolue ; toute personne intéressée peut s'en prévaloir.

§ 4. — Comment prend fin l'interdiction judiciaire ?

Deux causes. — L'interdiction judiciaire prend fin de deux façons différentes :

1° Par la mort de l'interdit ;

2° Par le jugement de mainlevée d'interdiction.

Mort de l'interdit. — Lorsque l'interdit meurt, le tuteur doit rendre ses comptes de gestion à ses héritiers ; souvent il n'y aura aucune reddition de compte, parce que le tuteur de l'interdit sera précisément son héritier.

Mainlevée de l'interdiction — La mainlevée de l'interdiction est prononcée par le tribunal civil, lorsque les causes qui avaient rendu l'interdiction nécessaire ont disparu. La procédure à suivre est la même que celle qui doit être observée pour parvenir à l'interdiction (art. 512).

L'effet du jugement de mainlevée est de mettre fin pour l'avenir à la tutelle et à l'incapacité de l'interdit.

CHAPITRE IV. — DE L'INTERNEMENT DANS UN ASILE D'ALIÉNÉS.

Loi du 30 juin 1838. — Economie générale de la loi. — L'internement dans les asiles d'aliénés forme l'objet de la loi du 30 juin 1838. On peut caractériser l'ensemble de ses dispositions en disant qu'elles tendent à trois buts principaux : protéger la société contre les atteintes des aliénés, garantir la liberté individuelle des aliénés eux-mêmes contre le danger des séquestrations arbitraires, enfin, procurer des soins à leur personne et sauvegarder leurs biens.

Nous exposerons rapidement les dispositions de cette loi, qui rentrent plutôt dans la sphère du droit administratif (1), pour nous en tenir aux règles de pur droit civil qu'elle édicte.

Comment a lieu l'internement dans un asile d'aliénés. — L'internement peut être volontaire ou être ordonné d'office.

Internement volontaire. — L'internement volontaire peut avoir lieu sur la demande écrite de toute personne, parent ou simplement ami du fou présumé Il suffit de joindre à cette demande une pièce établissant l'identité de la personne que l'on veut faire enfermer et un certificat médical ne remontant pas à plus de quinze jours.

Internement d'office. — L'internement d'office peut être ordonné par le préfet de police à Paris et par le préfet du département dans les autres communes. Bien plus, en cas d'urgence, attestée par un certificat médical ou par la notoriété publique, les commissaires de police à Paris, et les maires dans les autres communes, peuvent ordonner l'internement provisoire, sauf à en référer au préfet dans les vingt-quatre heures.

Protection de la personne et des biens de l'interné. — Tandis qu'une seule personne, le tuteur, est chargée de veiller aux intérêts de l'interdit judiciaire, plusieurs personnes peuvent avoir à s'occuper des fous internés dans un asile sans être interdits.

Ce sont :

1° L'administrateur provisoire dont la mission est de gérer l'ensemble des intérêts de l'interné.

(1) Consulter à cet égard notre *Manuel de droit administratif*, p. 305 et suiv.

Cet administrateur, est en principe, désigné par la commission administrative de l'asile Cependant, la loi autorise le tribunal à nommer pour trois ans un administrateur provisoire, avec faculté de renouveler ses pouvoirs. sur la demande des parents, de l'époux de l'aliéné, de la commission administrative ou du ministère public (art. 31, 32 et 37)

Les biens de cet administrateur provisoire ne sont pas grevés de plein droit de l'hypothèque légale qui garantit à l'interdit judiciaire la responsabilité de son tuteur. Mais le tribunal peut décider que ses biens seront hypothéqués en tout ou en partie, à concurrence d'une somme qu'il déterminera dans son jugement (art. 34).

2° Le receveur de l'asile d'aliénés, qui est chargé de conserver dans sa caisse les sommes provenant, soit de ventes soit de toute autre source, Le cautionnement de ce receveur est affecté à la garantie de ces deniers, par privilège aux créances de toute autre nature (art. 31).

3° Le mandataire *ad litem*, qui est spécialement désigné par le tribunal pour représenter l'interné en justice. L'administrateur provisoire peut d'ailleurs être choisi à cet effet (art. 33).

4° Le curateur à la personne, qui doit veiller à ce que les revenus de l'aliéné soient employés à adoucir son sort et à accélérer sa guérison, et qui doit provoquer sa sortie de l'asile dès que son état de santé le permettra sans danger pour lui ni pour les tiers (art. 38).

** **De l'incapacité de l'interné dans un asile.** - L'internement dans un asile rend l'aliéné incapable de faire par lui-même aucun acte de la vie civile, comme l'interdiction judiciaire. Les actes qu'il passerait pendant la durée de son internement seraient entachés d'une nullité relative comme ceux que ferait un interdit judiciaire après le jugement d'interdiction Dans les deux cas donc, la nullité ne peut être invoquée que par l'aliéné, et elle peut se couvrir soit par la confirmation soit par la prescription.

Il existe cependant trois différences essentielles entre l'internement dans un asile d'aliénés et l'interdiction judiciaire.

1° Les actes faits par un interdit judiciaire sont *nuls de droit*, c'est-à-dire que le tribunal est obligé de les annuler par la seule preuve qu'ils sont postérieurs au jugement d'interdiction. Au contraire, les actes faits par l'aliéné interné mais non interdit ne sont pas nuls de droit ; ils peuvent être annulés par le tribunal, qui tiendra compte dans sa décision des circonstances de fait, de

la bonne foi de la partie qui a traité avec l'aliéné et de l'état d'esprit habituel de l'aliéné. Mais il n'exigera pas, comme au cas de simple démence (1), la preuve de l'aliénation mentale au moment précis où l'acte a été accompli.

2° Le point de départ du délai de prescription, en matière d'interdiction judiciaire, est le jour du jugement de mainlevée d'interdiction ou de la mort de l'interdit. Au contraire, au cas d'internement dans un asile, le délai de la prescription commence à courir à partir du moment où l'aliéné, sorti de l'asile, ou bien ses héritiers, ont eu connaissance de l'acte ou en ont reçu notification (art. 39). Cette disposition de la loi de 1838 est très sage. L'aliéné peut avoir perdu le souvenir de l'acte qu'il avait fait antérieurement, ses héritiers peuvent l'ignorer. Il est logique que la prescription de l'action en nullité ne court que du jour où le souvenir ou la connaissance de l'acte ait mis les intéressés à même de l'attaquer en justice. Il est regrettable que cette solution ne s'applique pas à l'interdit judiciaire.

3° Les actes faits par l'aliéné avant le jugement d'interdiction peuvent être annulés sous certaines conditions (art. 504). Aucune disposition de la loi de 1838 ne permet d'attaquer les actes accomplis par l'aliéné avant son internement dans l'asile.

Critiques élevées contre la loi du 30 juin 1838. — La loi du 30 juin 1838 a soulevé de vives critiques, et depuis longtemps des projets ont été élaborés à l'effet de la modifier. Les deux principaux reproches qu'on lui adresse sont les suivants :

1° Les formalités organisées par cette loi en vue de l'internement dans les asiles d'aliénés sont trop simples ; l'exigence d'un certificat médical constitue une garantie insuffisante pour sauvegarder la liberté individuelle.

2° Il est contraire aux principes de notre droit que la capacité d'une personne soit altérée par une pure mesure administrative et sans l'intervention des tribunaux judiciaires.

CHAPITRE V. — DE L'ALIÉNATION MENTALE NON ACCOMPAGNÉE D'INTERDICTION JUDICIAIRE NI D'INTERNEMENT DANS UN ASILE.

****Conséquences juridiques de l'aliénation mentale considérée en elle-même.** — Nous avons vu plus haut qu'une

(1) Voir *infrà*, p. 365.

personne frappée d'aliénation mentale peut se trouver dans une des trois situations suivantes :

Elle peut être interdite ; elle peut être internée dans un asile, sans être interdite ; enfin, elle peut être ni internée, ni interdite.

Dans ce dernier cas, on se trouve en présence de la démence pure et simple, ou démence de fait.

La démence de fait produit trois conséquences juridiques :

1° Elle entraîne l'inexistence des actes accomplis ;

2° Elle supprime la responsabilité pénale (art. 64, C. P.) ;

3° Elle écarte la responsabilité civile pour les faits dommageables.

Nous laisserons de côté ces deux derniers points, dont l'un se rattache au droit pénal, et dont l'autre trouvera son explication plus tard, à propos de l'article 1382 ; nous ne nous occuperons ici que du 1er point.

Inexistence des actes accomplis sous l'empire de la démence. — Les actes accomplis sous l'empire de la démence sont inexistants ; toute personne intéressée peut se prévaloir de cette inexistence ; et ce vice ne peut se couvrir, ni par la confirmation, ni par la prescription.

La démence produit cet effet parce qu'elle est destructive de la volonté et que sans volonté un acte juridique ne peut pas se former.

Mais, pour qu'il en soit ainsi, il faut que la démence existât au moment même où l'acte attaqué a été fait, ni avant, ni après ; et c'est à la personne qui attaque l'acte à en faire la preuve au tribunal. Il importe peu d'ailleurs que la démence soit à l'état permanent ou qu'elle ait existé d'une façon accidentelle ou passagère.

****Restriction du droit pour les héritiers d'attaquer un acte de leur auteur pour cause de démence.** — Contrairement aux règles ordinaires de la transmission des droits à ses héritiers, la loi a en principe refusé aux héritiers le droit d'attaquer pour cause de démence les actes de leur auteur. Cette dérogation au droit commun est motivée par le désir d'éviter les difficultés auxquelles donnerait lieu en pratique la preuve de la démence longtemps après que l'acte attaqué a été accompli (art. 504).

Par exception, les héritiers peuvent exercer l'action en nullité dans les trois cas suivants :

1° Lorsque la preuve de la démence résulte de l'acte même qui est attaqué. Il en sera ainsi quand l'acte dont il s'agit contiendra

des clauses incohérentes qui révèleront un dérangement non équivoque des facultés mentales de celui qui l'a passé.

2° Lorsque l'interdiction judiciaire a été prononcée ou provoquée avant le décès de l auteur de l acte.

Dans ce cas, il existe une présomption en faveur de la démence.

3° En matière de donations entre vifs ou de testament Ces deux actes peuvent toujours être annulés sur la demande des héritiers pour ce motif, qu'au moment où ils ont été faits, leur auteur était en état de démence (art. 901)

Cette exception se justifie par le caractère purement gratuit de ces actes.

*****Comparaison de la nullité pour démence et de la nullité pour interdiction judiciaire**. — Entre la nullité pour démence et la nullité pour interdiction judiciaire, il existe un ce tain nombre de différences que nous allons exposer rapidement :

1° La nullité pour démence ne tient pas à l incapacité, mais à l'absence du consentement, tandis que la nullité pour interdiction judiciaire est une conséquence de l'incapacité que l'interdiction judiciaire fait naître.

2° La nullité pour démence suppose la preuve de la démence au moment de l'acte ; tandis que la nullité pour interdiction judiciaire n'exige que la preuve que l acte attaqué est postérieur au jugement qui prononce l'interdiction.

3° La nullité pour démence est une inexistence. Dès lors, elle ne peut être confirmée, ni prescrite, et toute personne intéressée peut s'en prévaloir du vivant de l'auteur de l'acte. Au contraire, la nullité pour interdiction est une nullité relative ; elle ne peut être invoquée que par l'interdit judiciaire, et elle est susceptible de se couvrir par la confirmation et par la prescription.

4° La nullité pour démence ne peut pas en principe être invoquée par les héritiers. Au contraire, l'action en nullité pour cause d'interdiction est transmissible aux héritiers dans tous les cas.

CHAPITRE VI. — DU CONSEIL JUDICIAIRE.

Définition. — Le conseil judiciaire est une personne qui est placée auprès d'une catégorie particulière d'incapables pour les assister dans l'accomplissement de certains actes limitativement déterminés par la loi.

Le mot *conseil* est pris ici dans un sens différent que dans l'ex-

pression « conseil de famille » ; ce n'est pas une assemblée, c'est une personne. Nous avons déjà rencontré ce mot employé dans ce sens en parlant plus haut (1) du conseil à la mère survivante.

On désigne souvent sous le nom de *demi-interdit* la personne pourvue d'un conseil judiciaire pour la distinguer de l'interdit judiciaire.

Des personnes auxquelles un conseil judiciaire peut être donné. — Un conseil judiciaire peut être donné à deux catégories de personnes :

1° *Aux faibles d'esprit.* — Ce sont des personnes qui, sans être aliénées, sont atteintes d'une débilité d'esprit qui les rend incapables de gérer seules leurs affaires.

2° *Aux prodigues.* — La notion de la prodigalité est assez difficile à préciser. Ce qu'on peut dire de plus exact à cet égard, c'est que le prodigue est toute personne qui, soit par dérèglement d'esprit, soit par dérèglement de mœurs, compromet l'état de sa fortune en entamant son capital par des dépenses excessives. Quand la prodigalité existe-t elle ? C'est une question de fait laissée à l'entière appréciation des juges du fond.

La dation d'un conseil judiciaire, comme l'interdiction judiciaire, peut avoir lieu à l'égard d'un mineur ou d'une femme mariée.

****Condition juridique de la personne pourvue d'un conseil judiciaire.** — La personne pourvue d'un conseil judiciaire est dans une situation différente de celle du mineur non émancipé et de l'interdit judiciaire d'une part, et de celle du mineur émancipé d'autre part.

Il n'est pas remplacé, comme le mineur non émancipé et comme l'interdit judiciaire, par un représentant légal. Il figure en personne dans tous les actes qui concernent son patrimoine ; il est seulement assisté par son conseil judiciaire.

Sur ce point, sa situation ressemble à celle du mineur émancipé ; le rôle du curateur est semblable à celui du conseil judiciaire : assister et non pas représenter l'incapable.

Mais il y a une différence essentielle entre le mineur émancipé et la personne pourvue d'un conseil judiciaire : à côté du curateur il y a le conseil de famille dont l'intervention se manifeste, soit pour l'organisation de la curatelle, soit pour autoriser certains actes, avec ou sans l'homologation du tribunal ; tandis que

(1) Voir *suprà*, p. 323.

le conseil de famille n'existe pas à l'égard du faible d'esprit ou du prodigue.

Nomination du conseil judiciaire. — Le conseil judiciaire est toujours désigné par le tribunal (art. 499 et 513). C'est une différence de plus avec la tutelle ou la curatelle.

Il n'y a donc pas de conseil judiciaire légal, comme il y a une tutelle légale. Ainsi, le mari n'est pas de droit conseil judiciaire de sa femme, et ce n'est pas le conseil de famille qui nomme le conseil.

A la différence du tuteur et du curateur, dont la fonction est obligatoire, le conseil judiciaire peut refuser la mission qui lui est confiée et il peut toujours s'en démettre.

Etendue de l'incapacité de la personne pourvue d'un conseil judiciaire. — Le Code, dans les articles 499 et 513, a donné une énumération limitative des actes que le prodigue ou le faible d'esprit ne pourrait pas faire sans l'assistance du conseil judiciaire ; mais cette liste a été considérablement allongée par la jurisprudence.

I. — *Actes formellement prévus par le Code* (*art.* 499 *et* 513). — Les actes que le Code a interdit formellement à la personne pourvue d'un conseil judiciaire de faire seule sont :

1° *Plaider.* — C'est-à-dire de soutenir un procès, soit comme demandeur, soit comme défendeur. Peu importe d'ailleurs, l'objet du litige ; la loi ne distingue pas. Ainsi, l'assistance du conseil est nécessaire pour une instance en séparation de corps ou en divorce (1).

2° *Transiger.* — Quelle que soit la nature ou l'objet du droit qui forme la matière de la transaction.

3° *Emprunter.* — Quelle que soit la somme et quel que soit le but de l'emprunt. C'est l'acte le plus dangereux pour le prodigue et le faible d'esprit.

4° *Recevoir un capital mobilier et en donner décharge.* — C'est un acte pour lequel le mineur émancipé a également besoin de l'assistance de son curateur (2).

5° *Aliéner.* — Soit à titre gratuit, soit à titre onéreux, les immeubles, les meubles corporels et les valeurs mobilières.

6° *Hypothéquer.* — C'est une conséquence de l'incapacité d'a-

(1) Paris, 25 mars 1890, D. 90.2.
(2) Voir *suprà*, p. 349.

liéner. Pour pouvoir hypothéquer un immeuble il faut avoir la capacité de l'aliéner (art. 2124).

7° *Consentir un bail emphytéotique.* — Cela résulte de la loi du 25 juin 1902, art. 2, qui déclare qu'un semblable bail ne peut être consenti que par ceux qui ont le droit d'aliéner.

II. — *Actes auxquels la jurisprudence a étendu l'incapacité de la personne pourvue d'un conseil judiciaire.* — D'après la jurisprudence, l'assistance du conseil judiciaire serait nécessaire pour les actes suivants :

1° *Faire un compromis.* — Acte beaucoup plus grave que la transaction.

2° *Constituer une servitude, soit personnelle, soit réelle.* — C'est une sorte d'aliénation partielle de l'immeuble.

3° *Accepter ou répudier une succession, procéder à un partage définitif.* — Acte de nature à compromettre trop gravement la fortune de l'incapable.

4° *Contracter une obligation qui dépasse les limites de l'administration.* — Dans cet ordre d'idées la jurisprudence a rendu des décisions très contestables en théorie et qui n'ont d'autre conséquence que de dénaturer le conseil judiciaire en assimilant celui qui y est soumis à un mineur émancipé. C'est ainsi qu'elle le déclare incapable (1) :

De donner ses immeubles à bail pour une durée supérieure à neuf ans (2).

D'acquérir un immeuble en remploi.

Enfin, elle reconnaît aux tribunaux le pouvoir de réduire les dépenses exagérées qu'il peut faire pour son entretien personnel et pour son logement (3).

Sanction de l'incapacité du demi-interdit. — La question est de savoir quel est le sort d'un acte que le demi-interdit a fait seul alors qu'il aurait fallu l'assistance du conseil judiciaire ?

Cet acte est frappé de nullité relative dans les mêmes conditions que l'acte accompli par l'interdit judiciaire.

La nullité est relative ; donc elle ne peut être invoquée que par le demi-interdit (4) ; la personne qui a traité avec lui ne peut pas

(1) Beudant, II, n° 988 ; Planiol, I, n° 2974.
(2) Toulouse, 23 août 1855, D. 65.2.328
(3) Cass., 1er août 1860, D. 60.1.316 ; Paris, 16 janvier 1890, D. 92.2. 209.
(4) La nullité peut-elle être invoquée par le conseil judiciaire ? La jurisprudence lui reconnaît ce droit, parce que, si on le lui refusait, la protec-

s'en prévaloir (art. 1125). Cette nullité peut être couverte par la confirmation et par la prescription.

Comme pour l'interdit judiciaire, la nullité est de droit, en ce sens que le tribunal est tenu de la prononcer par cela seul que l'assistance du conseil judiciaire a fait défaut, sans qu il y ait lieu de rechercher, comme pour le mineur, si l'acte lui a causé une lésion.

Actes que la personne pourvue d'un conseil judiciaire peut faire sans l'assistance du conseil. — La personne pourvue d'un conseil judiciaire peut faire seule les actes suivants :

1° Se marier, exercer la puissance paternelle (1) et la puissance maritale (2) ;

2° Faire son testament ;

3° Reconnaître un enfant naturel ;

4° Faire son contrat de mariage, dans la mesure de sa capacité ordinaire. C'est un point sur lequel nous reviendrons plus tard ;

5° Toucher ses revenus, en donner quittance et en disposer ;

6° Vendre les récoltes et les meubles corporels qui sont sujets à un prompt dépérissement.

Points communs de l'interdiction judiciaire et de la dation du conseil judiciaire. — Les règles que nous avons exposées en ce qui concerne l'interdiction judiciaire s'appliquent au conseil judiciaire sur tous les points suivants :

1° Qui peut provoquer la dation du conseil judiciaire.

2° Marche de la procédure.

3° Publicité du jugement qui nomme un conseil judiciaire.

4° Comment prend fin le conseil judiciaire.

Nous n'avons qu'à faire un renvoi aux développements qui précèdent sur toutes ces questions.

Il convient cependant de noter que le jugement qui nomme un conseil judiciaire ne produit pas d'effet dans le passé comme le

tion qui doit résulter pour le demi-interdit de l'institution du conseil judiciaire serait illusoire attendu qu il n'attaquerait pas lui-même les actes qu'il aura passés d'une façon irrégulière (Cass., 29 juin 1881, D. 82.1.33). Cette solution est contestable en théorie parce qu elle attribue au conseil judiciaire un rôle qui ne lui appartient pas, celui de représenter au lieu d'assister l'incapable.

(1) Cependant, il aurait besoin de l'assistance de son conseil pour faire pour ses enfants mineurs des actes qu'il ne pourrait pas faire pour lui-même.

(2) Pour les actes qui dépassent sa capacité, la jurisprudence exige que la femme du demi-interdit soit autorisée par le tribunal par analogie avec l'article 222.

jugement qui prononce l'interdiction judiciaire. Les actes faits par le prodigue ou le faible d'esprit antérieurement au jugement ne peuvent être annulés par application de l'article 563 (1).

(1) Cependant quand un acte a été fait précipitamment par l'incapable, de connivence avec un tiers, pour éviter les effets du jugement sur le point d'intervenir, les tribunaux n'hésitent pas à prononcer la nullité de l'acte (Paris, 7 mars 1895, D. 95.2.424, note de M. Glasson. — Dans le même sens, Cass. req., 15 juillet 1903, D. 1904.1.129, note de M. Capitant).

QUATRIÈME PARTIE

LES BIENS

Notions préliminaires.

Sens juridique du mot biens. — Au point de vue juridique, le mot biens s'entend de tout ce qui peut procurer à l'homme une utilité quelconque, un cheval, une maison, etc.

Le jurisconsulte, à la différence du chimiste ou du physicien, n'étudie pas les choses en elles-mêmes, au point de vue de leurs propriétés intrinsèques ; il les étudie au point de vue des droits que l'homme peut exercer sur elles.

Notion élémentaire du patrimoine (1). — *Sa définition.* — Le patrimoine est, pour chaque personne, l'ensemble de ses droits et de ses obligations, appréciables en argent.

Il constitue une universalité juridique.

Sa composition. — Le patrimoine ne comprend que les droits et les obligations ayant un caractère pécuniaire. Les droits de famille qui ne présentent pas ce caractère, ainsi que les obligations qui en découlent, restent en dehors du patrimoine. Tels sont par exemple, le droit de garde et de correction, le devoir de fidélité, etc.

D'ailleurs, les biens présents comme les biens à venir entrent dans la composition du patrimoine.

Relation de la notion de personnalité et de la notion de patrimoine. — Il existe un lien étroit entre la personnalité juridique et le patrimoine. On en a tiré les conséquences suivantes :

1° Les personnes seules ont un patrimoine, soit les êtres individuels, soit les personnes morales.

C'est ainsi qu'à Rome, l'esclave et le fils de famille pouvaient bien avoir un pécule, mais ils n'avaient pas de patrimoine.

(1) Consulter à cet égard les développements très complets consacrés à la question par Aubry et Rau, IV, *op. cit.*, n° 573.

2° Toute personne a un patrimoine, même lorsqu'elle n'a pas de biens, ou que son passif est supérieur à son actif. Le patrimoine consiste alors dans l'aptitude d'acquérir des biens.

3° Une personne ne peut avoir qu'un seul patrimoine. Le patrimoine est un et indivisible comme la personne elle-même.

Division de la troisième partie. — L'étude des biens comprendra sept sections :

Section I. Classification des droits dont se compose le patrimoine.
Section II. Classification des biens.
Section III. De la propriété considérée en elle-même.
Section IV. Etude de la possession.
Section V. Des différentes manières d'acquérir la propriété.
Section VI. Des servitudes personnelles.
Section VII. Des servitudes réelles ou prédiales.

Ire SECTION. — CLASSIFICATION DES DROITS DONT SE COMPOSE LE PATRIMOINE

******Distinction fondamentale.*** — Les droits qui composent le patrimoine d'une personne sont de deux sortes :

Les droits réels et les droits de créance (1).

. **Définition du droit réel et du droit de créance. — Le droit réel est une faculté qui appartient à une personne de tirer *directement* d'une chose déterminée, en tout ou en partie, l'utilité juridique que cette chose peut procurer (2).

(1) Beaucoup d'auteurs emploient l'expression « droits personnels » au lieu de « droits de créance ». Nous préférons cette dernière expression comme plus claire. L'expression « droits personnels » prête à équivoque ; nous verrons, en effet, plus loin qu'on entend par là les droits qui meurent avec la personne tels que l'usufruit, l'usage et l'habitation, qui sont cependant des droits réels. Un auteur se sert de l'expression « obligations » pour désigner les droits de créance ; mais cette expression est également équivoque, parce qu'elle désigne plutôt la dette que la créance ; elle est plutôt employée au sens passif qu'au sens actif du mot (Voyez cependant Planiol, I, n° 755).

(2) Cette définition a été critiquée en Allemagne et la critique a été reprise en France par un auteur (Planiol, I, n° 762). On la trouve inexacte au point de vue philosophique ; les droits sont toujours des rapports entre deux personnes ; on ne conçoit pas qu'un droit existe sur une chose. D'a-

Exemple : le droit de propriété sur un immeuble.

Le droit de créance est une faculté qui appartient à une personne, appelée créancier, d'exiger d'une autre personne, déterminée, appelée débiteur, l'exécution d'une prestation quelconque, consistant à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose.

Exemple : Celui qui a prêté une somme de mille francs, remboursable à une époque déterminée, a contre son emprunteur un droit de créance.

*****Différences entre le droit réel et le droit de créance.** — Il existe entre le droit réel et le droit de créance de nombreuses différences qu'il importe de bien comprendre.

1° Le droit réel s'exerce *directement* sur la chose qui forme l'objet du droit ; directement, c'est-à-dire sans l'intermédiaire d'aucune autre personne.

Ainsi, je suis propriétaire d'un cheval ; je l'attelle, je le monte, je le loue ; j'en fais l'usage qui me paraît le plus conforme à mes goûts ou à mes intérêts, sans avoir à m'adresser à personne.

Au contraire, je vous ai prêté une somme de mille francs que vous vous êtes engagé à me rendre au 1er janvier prochain ; j'ai contre vous un droit de créance de mille francs. L'échéance arrivée, puis-je prendre moi-même dans votre caisse la somme que vous me devez ? En aucune façon. Je devrai m'adresser à vous et vous demander de me payer la somme due ; et si vous ne vous exécutez pas de bonne grâce, je n'ai que la ressource de saisir vos biens et de les faire vendre et de me faire payer sur le montant du prix de vente.

2° Le droit réel établit un rapport juridique entre une personne, le titulaire du droit, et une chose, l'objet du droit. C'est un *jus in re*.

Le droit de créance, au contraire, fait naître un rapport entre deux personnes : le titulaire du droit, ou créancier, et le sujet passif du droit, celui contre lequel le droit existe, ou débiteur, pour la prestation de la chose ou du fait qui forme l'objet du droit. C'est un *jus ad rem*.

En un mot, il y a deux termes dans le rapport créé par le droit réel :

Un sujet (le propriétaire, par exemple) et un objet.

près ces auteurs, il faudrait définir le droit réel un droit existant contre tout le monde, tandis que le droit de créance n'existe que contre une personne déterminée, le débiteur (En sens contraire, Capitant, *op. cit.*, p. 40 et note 2 ; Cuq, *Institutions juridiques des Romains*, II, p. 187 et note 3).

Il y a, au contraire, trois éléments dans le droit de créance :

Un sujet actif, le créancier ;

Un sujet passif, le débiteur ;

Et une prestation, qui est l'objet du droit.

3° L'objet du droit réel est toujours une chose ; tandis que l'objet du droit de créance peut être une chose, ou un fait, ou même une abstention (1).

4° Le droit réel existe à l'encontre de tout le monde ; il est opposable à tous ; c'est ce qu'on exprime quelquefois en disant qu'il est *absolu*. Au contraire, le droit de créance n'existe qu'à l'égard d'une personne déterminée, le débiteur ; c'est ce qu'on exprime parfois en disant qu'il est *relatif* (2).

5° L'attitude qui incombe à ceux auxquels le droit est opposable est tout à fait différente, suivant qu'il s'agit d'un droit réel ou d'un droit de créance.

Le titulaire d'un droit réel ne peut contraindre personne à accomplir un fait positif pour l'exercice de son droit ; tout le monde doit laisser ce droit s'exercer librement, mais personne n'est tenu de faire quoi que ce soit à cet égard. *Pati, non facere.*

Au contraire, le titulaire d'un droit de créance peut contraindre le débiteur à l'exécution de la prestation qui lui est due.

Cette différence apparaîtra plus clairement et sera mieux comprise lorsque nous étudierons plus loin la matière des servitudes.

6° Dans chaque législation, le nombre des droits réels est limitativement déterminé par la loi, et il n'est pas loisible aux particuliers d'en étendre la liste. Au contraire, par suite du principe essentiel de la liberté des conventions, les droits de créance peuvent varier à l'infini.

***Liste limitative des droits réels.** — Les droits réels admis par le droit français actuel sont :

La propriété,

L'usufruit,

L'usage,

L'habitation,

(1) Exemple : l'obligation pour un artiste de jouer sur une scène, ou l'obligation de ne pas jouer sur une scène déterminée.

(2) Cette différence apparaissait nettement en droit romain dans la formule des actions. L'*intentio* des actions réelles n'indiquait pas le nom du défendeur : « *Si paret servum Stichum ex jure Quiritium Aulo Agerio esse* » ; au contraire, l'*intentio* des actions personnelles doit contenir le nom du défendeur : « *Si paret Num Num Aulo Agerio mille sestertia dare oportere* ».

Les servitudes réelles,

Les privilèges (1) et les hypothèques,

Enfin, le droit de jouissance résultant des baux emphytéotiques, d'après l'article 1er de la loi du 25 juin 1902.

Classification des droits réels. — On peut classer les droits réels en deux groupes bien distincts :

1er groupe : la propriété.

C'est, nous le verrons, le droit réel par excellence, conférant à son titulaire un droit complet et absolu sur la chose qui en est l'objet.

2e groupe : tous les autres droits réels.

On leur donne un double nom également exact. On les appelle *des droits réels sur la chose d'autrui* : *jura in re aliena* ; cela est vrai, puisque leur titulaire exerce ses droits sur une chose qui appartient à une autre personne.

On les appelle aussi des *démembrements de la propriété* (2) ; parce que, quand ces droits réels existent sur une chose, la propriété de cette chose se trouve en quelque sorte démembrée ; l'ensemble des attributs du droit de propriété reste au propriétaire et quelques-uns d'entre eux appartiennent à un autre. Cela apparaît très nettement, nous le verrons, au cas d'usufruit : l'usufruitier a le *jus utendi* et le *jus fruendi*, le nu propriétaire conserve le *jus abutendi*.

Remarque en ce qui concerne l'usufruit, l'usage et l'habitation. — Ces trois droits réels doivent être groupés à part, sous la dénomination de *servitudes personnelles*, comme en droit romain, par antithèse aux *servitudes réelles*. Nous verrons plus tard en quoi elles diffèrent.

Causes de la supériorité du droit réel sur le droit de créance. — Le droit réel est supérieur au droit de créance parce qu'il confère à son titulaire deux avantages considérables : le droit de préférence et le droit de suite.

Droit de préférence. — Le droit de préférence est la faculté pour le titulaire d'un droit réel d'exercer son droit le premier, avant toute autre personne.

Exemple : un commerçant, ayant fait de mauvaises affaires et se

(1) Sous réserve d'une controverse en ce qui concerne les privilèges généraux (Voir t. II, au chapitre des privilèges).

(2) Nous verrons plus tard qu'il y a discussion sur le point de savoir si l'hypothèque est un démembrement de la propriété (Voir t. II, au chapitre des hypothèques).

trouvant dans l'impossibilité de payer tous ses créanciers intégralement est déclaré en faillite par le tribunal de commerce.

Si vous avez prêté de l'argent à ce commerçant, vous n'avez contre lui qu'un droit de créance, pour l'exercice duquel vous subirez le concours de tous les autres créanciers ; vous ne recevrez donc en paiement qu'une partie seulement de ce qui vous est dû.

Au contraire, si vous aviez mis en dépôt chez ce commerçant des meubles dont vous êtes resté propriétaire, vous pourrez exercer votre droit d'une façon complète, à l'encontre des créanciers de la faillite, par voie de revendication.

Droit de suite. — Le droit de suite est la faculté pour le titulaire d'un droit réel de faire valoir son droit à l'encontre de tous ceux qui détiennent l'objet sur lequel porte ce droit réel (1).

Exemple : Vous êtes propriétaire d'un immeuble. En votre absence votre voisin vend cet immeuble, en se faisant passer pour le véritable propriétaire. Vous pourrez revendiquer votre immeuble entre les mains de son détenteur actuel, nonobstant cette vente.

Supposez, au contraire, que vous ayez un droit de créance de 1.000 francs contre une personne. Votre débiteur n'a comme toute fortune, qu'un immeuble et il le vend ; vous ne pourrez pas saisir cet immeuble entre les mains de son détenteur actuel, pour vous faire payer ce qui vous est dû.

Ces deux avantages, droit de préférence et droit de suite, se déduisent logiquement de cette règle que le droit réel est opposable à tous.

Combinaison du droit réel et du droit de créance. — De ce qui précède, il résulte que le droit de créance est un droit très fragile Le créancier est toujours exposé à n'être pas payé ; son débiteur peut devenir insolvable, soit en contractant de nouvelles dettes, soit en vendant ses biens.

Le créancier, qui redoute une semblable éventualité, a un moyen de se prémunir contre elle, en faisant garantir son droit de créance par un droit réel, l'hypothèque. Le droit de créance se trouve alors étayé par un droit réel, à peu près comme une maison, peu solide, est étayée par des échafaudages.

(1) Nous verrons plus loin que le droit de suite est dans la plupart des cas aboli en ce qui concerne les meubles, par application de la règle de l'article 2279 : « En fait de meubles, possession vaut titre ».

IIe SECTION. — CLASSIFICATION DES BIENS

Division de la section. — La classification fondamentale des biens est la distinction des biens en immeubles et en meubles : c'est la seule dont le Code s'est occupé dans l article 517 ; mais ce n'est pas la seule qui existe. Nous diviserons donc la section II en deux chapitres, de la façon suivante :

Chapitre I. Distinction des immeubles et des meubles.

Chapitre II. Autres classifications des biens.

CHAPITRE Ier. — DISTINCTION DES BIENS EN IMMEUBLES ET EN MEUBLES.

Notions préliminaires.

*** **Intérêts pratiques de la distinction des biens en immeubles et en meubles.** – La distinction des biens en immeubles et en meubles présente des intérêts pratiques à plusieurs points de vue :

1° *Au point de vue de l'aliénation.* — L'aliénation des immeubles est soumise à l'égard des tiers à la formalité de la transcription de l'acte d'aliénation sur les registres du conservateur des hypothèques Au contraire, aucune mesure semblable de publicité n'existe pour les meubles.

2° *Au point de vue de l'hypothèque.* – Les immeubles sont seuls susceptibles d'hypothèque ; tandis que la loi n'admet pas que les meubles puissent être hypothéqués (art 2119).

3° *Au point de vue de la revendication.* — La revendication d'un immeuble peut être exercée pendant trente ans.

Au contraire, la revendication n'est pas possible en matière mobilière, en raison de la règle : « En fait de meubles, possession vaut titre » (art. 2279).

4° *Au point de vue de la capacité d'aliéner.* — La capacité d'aliéner est déterminée d'une façon plus rigoureuse en ce qui concerne les immeubles que pour les meubles, notamment pour la femme séparée de biens (art. 1449).

5° *Au point de vue des pouvoirs des administrateurs des biens d'autrui.*— Il en est de même pour la détermination des pouvoirs des administrateurs des biens d'autrui. Leurs pouvoirs sont plus étendus en ce qui concerne les meubles que pour les immeubles. C'est ce que nous avons vu plus haut à l'égard du tuteur (1).

6° *Au point de vue des régimes matrimoniaux.* — Sous le régime de la communauté légale, les meubles des époux, présents et à venir, tombent en communauté, tandis que les immeubles restent propres. Sous le régime dotal, les immeubles que la femme a constitués en dot sont inaliénables et imprescriptibles ; en ce qui concerne la dot mobilière, dans le silence du Code, la jurisprudence a organisé un régime particulier pour garantir efficacement les intérêts de la femme.

7° *Au point de vue de la saisie.* — Les règles de procédure sont plus simples en ce qui concerne les saisies mobilières que pour la saisie immobilière.

8° *Au point de vue de l'exécution des legs.* — Si dans son testament le défunt a légué ses meubles à une personne et ses immeubles à une autre personne, il y aura grand intérêt à savoir quels biens de la succession sont meubles et quels biens sont immeubles.

9° *Au point de vue de l'impôt foncier.* — Les immeubles seuls sont assujettis à l'impôt foncier ; et pour la détermination de la valeur locative d'un immeuble qui sert de base à cet impôt on ne doit tenir compte que de ce qui est véritablement immobilier.

Raisons d'être de ces différences. — Toutes ces différences de règles entre immeubles et meubles se rattachent à deux ordres d'idées :

1° Les unes tiennent à ce que les meubles sont différents matériellement des immeubles. Les immeubles sont fixes et ont une individualité toujours facile à reconnaître ; tandis que les meubles n'ont pas de situation définie et sont plus difficiles à individualiser.

2° Les autres découlent de l'importance économique différente des meubles et des immeubles à l'époque de la rédaction du Code civil.

A ce moment, les immeubles représentaient les choses les plus précieuses du patrimoine, tandis que les meubles étaient considérées comme choses de peu de valeur ; on disait : *res mobilis, res vilis.*

(1) Voir *suprà*, p. 332.

Transformations économiques dans la valeur respective des meubles et des immeubles. — Depuis cette époque, il s'est produit une transformation complète dans la valeur respective des biens. La fortune mobilière a pris une importance considérable et il n'est pas exagéré de prétendre qu'elle dépasse de beaucoup de nos jours la fortune immobilière. Ce résultat est dû principalement au développement des sociétés par actions (1), dont les titres rentrent dans la catégorie des meubles et à la forme moderne des emprunts d'Etat par voie d'émission de rentes perpétuelles qui sont également des valeurs mobilières.

Ce mouvement économique aura pour résultat, dans le domaine juridique, de faire disparaître peu à peu les différences entre les meubles et les immeubles qui tiennent uniquement à leur importance respective à l'époque de la rédaction du Code civil. La loi du 27 février 1880 sur l'aliénation des valeurs mobilières appartenant aux mineurs et aux interdits et la jurisprudence de la Cour de cassation sur la dot mobilière se rattachent à cet ordre d'idées.

Au contraire, les différences qui tiennent aux caractères naturels des meubles et des immeubles subsisteront toujours (2).

Division du chapitre. — Nous diviserons le chapitre en trois paragraphes :

§ 1. Des immeubles.
§ 2. Des meubles
§ 3. Des rentes.

§ 1. — Des immeubles.

Quatre sortes d'immeubles. — Il existe quatre sortes d'immeubles (art. 517) :

1° Les immeubles par nature ;
2° Les immeubles par destination ;
3° Les immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent ;
4° Les immeubles par déclaration.

Nous allons étudier chacune de ces distinctions séparément.

a) *Immeubles par nature.*

Définition. — Les immeubles par nature sont les choses qui,

(1) Consulter à cet égard les « Notions de droit commercial » par Boitel et Foignet. Delagrave, éditeur.

(2) On a tenté cependant de communiquer aux immeubles la facilité de circulation des meubles par le système de la *mobilisation du sol.*

en raison de leur structure physique, ne peuvent, ni se déplacer, ni être déplacées.

C'est le sol et tout ce qui adhère au sol.

Enumeration. — Les immeubles par nature sont :

1° Le *sol* ou les *fonds de terre*, suivant l'expression de l'article 518.

2° Les *plantations*, de quelque nature qu'elles soient : arbres, arbustes, plants, etc.

3° Les *récoltes pendantes* par branches ou par racines (art. 520). Mais dès que les grains sont coupés et les fruits détachés, ils deviennent meubles Il en est de même des coupes de bois taillis ou de futaies (art. 521).

La vente d une récolte sur pied ou la vente d'une coupe de bois est cependant une vente mobilière, parce que la récolte est vendue pour être coupée, ainsi que les arbres pour être abattus (1).

De même, la saisie de fruits sur pied qu'on appelle *saisie brandon*, est une saisie mobilière, parce que les fruits sont saisis pour être vendus après avoir été détachés de l'arbre.

4° Les *bâtiments* (2) à condition qu'ils adhèrent au sol. Car les bâtiments simplement posés sur le sol. et reposant par leur propre poids et sans aucune fondation, ne sont pas immeubles ; tels sont les baraques foraines, certains kiosques de la Compagnie des omnibus etc (3).

5° Les *tuyaux servant à la conduite des eaux* ou à leur écoulement dans une maison ; on doit en dire de même des conduites (4) et des tuyaux posés sous les voies publiques pour l'eau ou le gaz (art. 523).

En raison de la place qu'occupe l'article 523, après l'article 522 qui parle d'immeubles par destination, on pourrait soutenir que les tuyaux sont des immeubles par destination et non par nature.

(1) On doit donner la même solution pour la vente d'une construction à démolir ; en réalité la vente porte sur des matériaux de démolition qui sont des meubles.

(2) Dans toutes leurs parties constitutives. Ainsi sont immeubles par nature tous les objets mobiliers sans lesquels le bâtiment ne serait pas complet : portes, fenêtres, volets mobiles de boutiques, clefs, serrures. En ce sens, Demolombe, IV, n°s 293 à 295. D'après quelques auteurs, ce sont des meubles. Planiol, I, n° 830.

(3) Voir dans ce sens, au sujet de l'impôt foncier, un arrêt du Conseil d'Etat du 25 juin 1880 relatif à la Compagnie des omnibus.

(4) Limoges, 10 février 1888, P. 88.2.205.

Mais l'opinion que nous indiquons est généralement enseignée. Ces tuyaux sont une partie intégrante de la construction.

6° Les *moulins à vent ou à eau*. A ce sujet un point est controversé : suffit-il que le moulin soit fixé sur pilier ou qu'il fasse partie d'un bâtiment ? Ou au contraire, la réunion de ces deux conditions est-elle indispensable ? Les avis à cet égard sont partagés. L'opinion la plus sûre est celle qui se réfère au texte précis de l'article 519 ; or, d'après cet article, les deux conditions doivent être réunies : il faut que les moulins soient « fixes sur piliers *et* fassent partie du bâtiment (1) ».

Remarques. — Il convient de faire deux remarques :

1° Lorsque la loi parle d'immeubles par nature, elle n'a pas en vue les immeubles eux mêmes, mais la propriété de ces immeubles. Le droit de propriété est un droit tellement absolu qu'il se confond avec la chose sur laquelle elle porte, et quand on parle de la chose, c'est la propriété de la chose que l'on a en vue.

2° Les constructions, plantations, etc. sont des immeubles par nature, quelle que soit la personne qui les ait faites, que ce soit le propriétaire lui-même, un usufruitier ou un locataire.

b) *Immeubles par destination.*

Définition. — Les immeubles par destination sont des objets, mobiliers par leur nature physique, que, par une fiction, la loi considère comme immeubles, en raison de la relation étroite que le propriétaire a établie entre eux et l'immeuble par nature auxquels ils sont annexés, comme des accessoires et des dépendances.

Origine historique et raison d'être. — Cette classification est une création des rédacteurs du Code ; elle n'existait pas dans notre ancien droit.

On l'a imaginée dans un intérêt pratique ; pour éviter que des choses destinées à rester unies ne soient séparées au grand détriment de tous ; c'est ce qui aurait pu arriver, notamment en cas de legs des meubles et des immeubles à des personnes différentes ; l'un aurait un immeuble rural sans les instruments aratoires

(1) Par un arrêt du 12 mai 1834, S. 34.1.489, la Cour de cassation avait adopté une solution différente, mais elle s'est rangée à la solution donnée au texte par un arrêt plus récent du 19 avril 1864, D. 64.1.178. Par cet arrêt elle a décidé qu'un moulin, quoique faisant partie d'un bâtiment, n'était pas immeuble, parce qu'il était simplement posé sur des piliers en maçonnerie sans y adhérer par aucune attache.

nécessaires à son exploitation ; l'autre, des instruments aratoires sans immeubles à exploiter.

Deux catégories d'immeubles par destination. — Le Code distingue deux sortes d'immeubles par destination.

1° Les objets affectés au service du fonds pour son exploitation, soit agricole, soit industrielle.

2° Les objets attachés au fonds à perpétuelle demeure.

1re Catégorie d'immeubles par destination. — Objets affectés au service du fonds pour son exploitation, soit agricole soit industrielle. — Les objets qui sont affectés à l'exploitation agricole ou industrielle d'un fonds constituent des immeubles par destination, quand même il n'existe entre eux et le fonds aucune attache matérielle, pourvu que les trois conditions suivantes se trouvent réunies :

1° Que le bâtiment ait été spécialement construit ou aménagé en vue de l'exploitation agricole ou industrielle.

2° Que les objets dont il s'agit soient les agents directs et nécessaires de cette exploitation.

3° Que ces objets aient été placés dans l'immeuble par le propriétaire lui-même, et non par un locataire ou même un usufruitier.

Exemples d'immeubles par destination en matière agricole. — Tels sont (art. 521, 522) :

Les animaux attachés à la culture ;
Les ustensiles aratoires ;
Les semences données aux fermiers ou colons partiaires ;
Les pigeons des colombiers ;
Les lapins des garennes ;
Les ruches à miel ;
Les poissons des étangs ;
Les pailles et engrais.

Exemples d'immeubles par destination en matière industrielle (1). — Tels sont (art. 524) :

Les pressoirs, chaudières, alambics, cuves et tonnes ;
Les chevaux nécessaires à la marche d'une usine ;

(1) On a adressé aux rédacteurs du Code une critique fondée en leur reprochant le défaut d'harmonie de ses solutions. En effet, d'après l'article 519, les moulins, quand ils réunissent certaines conditions, sont immeubles par nature, tandis que toutes les autres machines ne peuvent jamais être qu'immeubles par destination aux termes de l'article 524. Il y a évidemment là une anomalie. Planiol, I, n° 839.

Le matériel roulant des Compagnies de chemins de fer (1) ;

Les baignoires, chaudières, robinets, servant à un établissement de bains ;

Les machines et décorations d'un théâtre, etc.

2e Catégorie d'immeubles par destination. — Objets attachés à perpétuelle demeure (2). — Ces immeubles ont avec ceux de la première catégorie ce point commun, qu'ils ne peuvent être considérés comme immeubles par destination, que si la relation qui a été établie entre eux et l'immeuble est l'œuvre du propriétaire lui-même. Le locataire ou l'usufruitier ne peut pas plus faire un immeuble de cette deuxième catégorie qu'il ne peut en faire un de la précédente espèce.

Mais entre ces deux sortes d'immeubles, il existe cette différence essentielle : c'est que la condition d'attache matérielle au fonds n'est pas nécessaire pour les premiers ; mais en revanche, il faut qu'il s'agisse d'objets nécessaires à l'exploitation d'un immeuble spécialement construit ou aménagé à cet effet ; — tandis que, pour les seconds, la condition d'affectation au service de l'immeuble et d'aménagement spécial n'est pas nécessaire, mais il faut l'attache matérielle au fonds.

D'après l'article 525 le propriétaire est censé avoir attaché à son fonds des effets mobiliers à perpétuelle demeure, quand ils y sont scellés en plâtre ou à chaux ou à ciment, ou lorsqu'ils ne peuvent être détachés sans être fracturés et détériorés, ou sans briser ou détériorer la partie du fonds à laquelle ils sont attachés.

Exemples d'immeubles de la 2e catégorie. — Rentrent dans cette catégorie :

Les glaces d'un appartement, lorsque le parquet sur lequel elles sont attachées fait corps avec la boiserie (3), ou lorsqu'une adhé-

(1) On a fait observer avec raison que les locomotives sont meubles, tant qu'elles sont dans les ateliers du fabricant, et qu'elles deviennent immeubles dès le moment où elles sont mises en circulation par la Compagnie de chemin de fer.

(2) Cette seconde catégorie d'immeubles tire son origine historique des articles 90 de la coutume de Paris et 356 de la coutume d'Orléans, dont les termes étaient les suivants : « Ustensiles d'hôtels qui se peuvent transporter sans fraction et détérioration sont meubles ; mais s'ils tiennent à fer et à clou, ou sont scellés en plâtre ou en chaux, ou sont mis pour perpétuelle demeure, et ne peuvent être transportés sans fraction et détérioration, ils sont censés et réputés immeubles. » C'étaient alors des immeubles par nature, puisqu'on n'en connaissait pas d'autres.

(3) Cette solution est critiquée par beaucoup d'auteurs qui font observer que les glaces qui réunissent ces caractères auraient dû être rangées par le

rence quelconque, apparente et durable, manifeste l'intention du propriétaire de les immobiliser (1) ;

Les tableaux, ou les tentures, tapisseries ou autres ornements, présentant les mêmes caractères d adhérence ;

Les statues, par cela seul qu elles sont placées dans une niche pratiquée exprès pour les recevoir, encore qu'elles puissent être enlevées sans fracture ou détérioration (art. 525, *in fine*) (2).

Intérêts pratiques de la distinction entre les immeubles par nature et les immeubles par destination. — Il est très important de savoir si un immeuble est un immeuble par nature ou par destination :

1° Toute personne, un usufruitier, un locataire, un fermier, etc., peut faire un immeuble par nature ; le propriétaire seul peut faire un immeuble par destination (3).

2° Les impôts établis sur les immeubles ne frappent que les immeubles par nature (4), et non les immeubles par destination.

3° Le privilège du vendeur de meuble est perdu lorsque le meuble a été transformé en immeuble par nature (matériaux employés

Code dans la catégorie des immeubles par nature (Bugnet sur Pothier, IX, n° 242, note 2 ; Planiol, I, n° 838).

(1) Limoges, 29 juin 1888, P. 88.2.205.

(2) On voit par là que certains objets mobiliers sont considérés comme immeubles par nature, en ce qu'ils sont parties intégrantes et nécessaires de l immeuble ; elles y sont mises *ad integrandam domum*. Tels sont : les portes, fenêtres, volets même mobiles, les clefs des appartements, etc. (Voir *suprà*, p. 382). D'autres objets mobiliers, au contraire, lorsqu'ils sont mis à perpétuelle demeure dans l'immeuble, pour son ornement ou pour sa commodité seulement, *ad instruendam* et non *ad integrandam domum*, sont immeubles par destination (Consulter sur ce point Pothier, édition Bugnet, IX, n° 42).

(3) On explique généralement cette condition en disant que l'immobilisation par destination a lieu dans l'intérêt du fonds et que le propriétaire est seul le représentant de cet intérêt. Nous préférons l'explication suivante qui a été donnée par M. Planiol (I, n° 820) : La classe d'immeubles par destination est le résultat d'une fiction que le législateur a imaginée, afin d'éviter la séparation de l immeuble et des objets mobiliers qui sont nécessaires au service de l'immeuble. Or il n'y a lieu de poursuivre ce résultat que dans le cas où l'immeuble et les meubles appartiennent au même propriétaire.

(4) Cette solution a été formellement donnée par la Cour de cassation à l'occasion de droit d octroi sur les fontes pouvant entrer dans des constructions immobilières (Cass., 9 novembre 1898, D. 99.1 525). Le Conseil d'Etat aura bientôt à se prononcer à son tour en ce qui concerne l'impôt foncier. La commission des contributions directes de la Ville de Paris a posé la question sur ce terrain dans l'instruction des réclamations élevées par les propriétaires d'usines contre l'évaluation des propriétés bâties en 1900.

à une construction), tandis qu'il est conservé lorsqu'il n'est transformé qu'en un immeuble par destination (machine affectée à une usine).

c) *Immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent.*

Caractère fictif de ces immeubles. — Les immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent sont des droits. Par eux-mêmes ils ne sont ni meubles ni immeubles, puisqu'ils ne tombent pas sous les sens. Mais pour déterminer les règles auxquelles ils doivent être soumis, la loi a communiqué aux droits le caractère des choses sur lesquelles ils portent.

Tout droit qui porte sur un immeuble est considéré comme un droit immobilier.

Enumération — Aux termes de l'article 526, sont immeubles par l'objet auxquels ils s'appliquent :

L'usufruit des choses immobilières ;

Les servitudes ou services fonciers ;

Les actions qui tendent à revendiquer un immeuble.

Il faut y ajouter : les hypothèques et les privilèges sur immeubles.

Rappelons que la propriété d'un immeuble rentre dans les immeubles par nature (1).

d) *Immeubles par déclaration.*

Faculté d'immobilisation de certains titres. — On entend par immeubles par déclaration (2) certains titres que leurs propriétaires ont la faculté de rendre immeubles par une simple déclaration portée sur le registre de transfert.

Enumération. — Les titres auxquels cette immobilisation peut être conférée sont :

1° Les actions de la Banque de France, d'après le décret du 16 janvier 1808, titre I, article 7.

2° Les actions du Canal du Midi (décret du 10 mars 1810, article 13).

3° Les actions des canaux d'Orléans et du Loing (décret du 16 mars 1810) ; mais ces actions ont disparu par suite du rachat de ces deux canaux par l'Etat en 1860 et en 1862.

4° Les rentes sur l'Etat comprises dans un majorat établi avant

(1) Voir *suprà*, p. 383.
(2) Certains auteurs disent : immeubles par la détermination de la loi.

la loi du 12 mai 1835 qui a supprimé les majorats en France pour l'avenir.

§ 2. — Des meubles.

Deux catégories de meubles. — La loi distingue deux sortes de meubles (art. 527) :

1° Les meubles par leur nature ;

2° Les meubles par la détermination de la loi.

I. Meubles par nature. — *Définition.* — Sont meubles par leur nature tous les objets qui peuvent se transporter d'un lieu à un autre, soit qu'ils se meuvent par eux-mêmes, comme les animaux, soit qu'ils ne puissent changer de place que par l'effet d'une force étrangère, comme les choses inanimées (art. 528).

Enumération. — Il est impossible de donner une énumération limitative des meubles, il suffit de citer à titre d'exemples :

Les animaux ;

Les navires, bateaux, bacs, moulins et bains sur bateaux, non fixés par des piliers et ne faisant pas partie d'un bâtiment (art. 531) ;

Les matériaux provenant de la démolition d'un bâtiment et les matériaux de construction, tant qu'ils n'ont pas été employés dans la construction (art. 532) ;

L'argent comptant, les bijoux, les livres, les médailles, le linge de corps, les équipages, les armes, les grains, vin, foins et autres denrées (art. 533).

Les *meubles meublants*, c'est-à-dire les meubles destinés à l'usage et à l'ornement des appartements, tels que tapisseries, lits, sièges, glaces, pendules, etc. (art. 534).

***II. Meubles par la détermination de la loi.** — *Définition.* — Les meubles par la détermination de la loi sont les droits qui ont pour objet des meubles ; il y a là une fiction analogue à celle que nous avons rencontrée plus haut pour les immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent.

L'énumération de ces meubles est faite par l'article 529, un des plus importants de l'examen de première année dont chaque mot a besoin d'une explication.

***Explication exégétique de l'article 529.** — D'après l'article 529 sont meubles par la détermination de la loi :

1° « Les *obligations* et *actions* ». Le mot « obligation » est généralement employé au sens passif du mot et comme synonyme de dette. Dans notre article, au contraire, il est employé dans le sens actif et comme synonyme de créance.

Le mot «action » s'entend de l'action en justice ; c'est le moyen de faire valoir devant les tribunaux compétents un droit méconnu ou violé ; c'est la sanction de l'obligation.

« Ayant pour objet des *sommes exigibles* ou des effets mobiliers». Les créances de sommes exigibles sont celles dont le titulaire a le droit de réclamer, non pas seulement des intérêts annuels, mais le capital lui-même. Cette expression est employée par antithèse au mot « rente » dont le titulaire ne peut réclamer que des arrérages annuels et jamais le capital.

2° Les « *actions* ou *intérêts* dans les compagnies de finance, de commerce ou d'industrie ». Le mot « action » est pris ici dans un sens différent de celui indiqué plus haut. Il veut dire part d'associé.

Le mot « intérêt » n'est pas employé, dans son sens usuel, pour désigner ce que produit une somme d'argent placée. Il veut dire aussi part d'associé.

Il y a donc des parts d'associés qui s'appellent actions, et des parts d'associés qui s'appellent intérêts. Pour les distinguer les unes des autres, il faut savoir qu'il existe deux sortes de sociétés commerciales : les sociétés par intérêt, dont le type le plus parfait est la société en nom collectif, et les sociétés par actions dont le modèle le plus pur est la société anonyme (1).

La société en nom collectif se forme entre un petit nombre de personnes se connaissant très bien, et s'inspirant une confiance mutuelle. Ils sont tenus personnellement et solidairement sur tous leurs biens des dettes contractées par la société. On dit que cette société est établie *intuitu personæ*, en considération de la personne. Il en résulte que la part d'un associé dans cette espèce de société n'est pas normalement cessible, ni transmissible aux héritiers; la confiance étant tout à fait personnelle.

La société anonyme, au contraire, se forme entre un nombre considérable de capitalistes qui ont apporté leurs capitaux à une entreprise déterminée. Les associés ne se connaissent pas et ne se sont pas choisis. Il y a plutôt réunion de capitaux que de personnes ; l'*intuitus personæ* est absent, il n'y a que l'*intuitus pecuniæ*. Dans ces sociétés aucun associé ne répond des dettes sociales au delà de son apport ; et les parts d'associés ou actions sont négociables, c'est-à-dire cessibles par des voies rapides, sous forme

(1) Consulter à cet égard la *Synthèse du droit*, par Boitel et Foignet. Delagrave, éditeur, p. 291 et les *Notions de droit commercial*, des mêmes auteurs, chez le même éditeur, p. 39.

de titres au porteur ou nominatifs, et transmissibles aux héritiers.

« *Encore que des immeubles dépendant de ces entreprises appartiennent aux Compagnies* ». — Comment concevoir une pareille solution ? C'est que le droit des associés ne porte pas directement sur ces immeubles ; ils n'en sont pas co-propriétaires. Ils ont droit aux bénéfices, qui consistent en sommes d'argent ; leur droit porte donc sur des meubles. voilà pourquoi il est mobilier.

Mais alors à qui appartiennent ces immeubles ? ils appartiennent à la société. Que conclure de là ? C'est que la société est une personne morale. puisqu'elle est apte à avoir des biens. C est l'argument de texte le plus formel pour reconnaître aux sociétés commerciales la personnalité juridique.

Pendant longtemps,on avait limité l'application de l'article 529 aux sociétés commerciales en raison de ses termes restrictifs « Compagnie des finances, etc. », mais, depuis 1891, la jurisprudence considère les sociétés civiles comme formant aussi des personnes morales. Dès lors, les parts d associés doivent être considérées comme étant toujours mobilières dans ces sociétés comme dans les autres.

« Ces actions ou intérêts sont réputés meubles *à l'égard de chaque associé seulement* ». C'est seulement au regard des associés et de leurs ayants cause que leur droit dans la société est mobilier. Car la société, personne morale. propriétaire des immeubles composant son fonds social, a sur eux un droit immobilier.

« *Tant que dure la société* ». — Lorsque la société est dissoute, la personnalité juridique subsiste par une fiction jusqu'à la liquidation et au partage des biens Le caractère du droit des associés reste donc provisoirement mobilier ; il n'est déterminé d'une façon définitive que par les résultats du partage ; il est mobilier ou immobilier.suivant que, dans le lot de chacun d'eux, on a mis des meubles ou des immeubles.

3° *Les rentes perpétuelles ou viagères soit sur l'Etat soit sur les particuliers*. — Nous renvoyons l'explication sur les rentes au paragraphe suivant.

Droits mobiliers non prévus par l'article 529. — Il est un certain nombre de droits portant sur des meubles que la loi n'a pas énumérés dans l'article 529 et qui rentrent dans la catégorie des meubles par la détermination de la loi. Ce sont les droits réels mobiliers.

Tels : l'usufruit, le gage, les privilèges portant sur les meubles, l'hypothèque sur les navires ;

Le droit d'auteur sur les productions littéraires ou artistiques ; le droit résultant des brevets d invention, des marques de fabrique, des dessins ou modèles, qu'on appelle communément propriété littéraire, artistique ou industrielle ;

Le droit d'un commerçant sur son fonds de commerce, etc.

§ 3. — Des rentes.

Deux sens du mot rente. — Le mot rente a deux sens dans la langue juridique Il désigne à la fois le contrat de rente et le droit que ce contrat engendre.

Le *contrat de rente* est celui par lequel une personne, appelée débi-rentier, s'engage à servir annuellement des arrérages en argent à une autre personne, appelée crédi-rentier, soit à titre gratuit, soit à titre onéreux, en échange d'un immeuble ou d'un capital en argent.

La *rente*, considérée comme droit, est la faculté qui appartient au crédi-rentier d'exiger d'une autre personne, appelée débi-rentier des arrérages annuels, soit pendant sa vie seulement, soit indéfiniment.

Classification des rentes. — *Double point de vue.* — On peut classer les rentes en se plaçant à un double point de vue :

Au point de vue de leur durée ;

Au point de vue de la cause d'établissement de la rente.

1° *Au point de vue de la durée.* — En se plaçant au point de vue de sa durée, la rente est viagère ou perpétuelle.

Viagère, lorsque le crédi-rentier n'a droit de réclamer les arrérages que pendant sa vie ;

Perpétuelle, lorsque le crédi-rentier a le droit de réclamer les arrérages indéfiniment.

2° *Au point de vue de la cause d'établissement de la rente.* — En laissant de côté la rente établie à titre gratuit, qui rentre dans la sphère des donations, la rente, à ce second point de vue, peut être ou foncière ou constituée.

La rente foncière est celle qui est établie comme prix de l'aliénation d'un immeuble.

Exemple : Primus vend à Secundus l'immeuble A moyennant l'engagement que prend Secundus de payer à Primus une somme annuelle appelée arrérages.

La rente constituée est celle qui est établie moyennant l'abandon d'un capital mobilier.

Exemple : l'Etat emprunte à un moment donné ; pour cela il s'engage à payer annuellement une somme de trois francs à toute personne qui lui prêtera une somme de 100 francs.

Ces deux classifications, loin de s'exclure, doivent au contraire se combiner. La rente foncière, comme la rente constituée, peut être viagère ou perpétuelle.

Règles communes à toutes les rentes. — Toutes les rentes sont soumises aux règles suivantes :

1° Elles forment des *droits de créance.*

Il en était autrement dans notre ancien droit. La rente foncière était un droit réel, analogue aux servitudes réelles, que l'aliénateur retenait sur l'immeuble vendu et qui suivait l'immeuble entre les mains de tous les acquéreurs successifs. Chacun d'eux, tenu au paiement de la rente *propter rem possessam*, pouvait y échapper en *déguerpissant*, c'est-à-dire en faisant l'abandon de l'immeuble.

2° Elles rentrent dans la *catégorie des meubles* (art. 529), puisqu'elles ont pour objet une somme d'argent.

Il en était autrement dans notre ancien droit. Les rentes foncières, et même dans certaines coutumes, les rentes constituées étaient considérées comme des immeubles.

3° Elles sont des *créances non exigibles*. Cela veut dire que le crédi-rentier ne peut réclamer que les arrérages annuels. Il n'a pas le droit de contraindre le débi rentier à lui restituer l'immeuble ou la somme qui a été la cause de l'établissement de la rente.

Règle commune à toutes les rentes perpétuelles. — La rente perpétuelle, qu'elle soit constituée ou foncière, est essentiellement *rachetable*. Cela veut dire que le débi-rentier peut se libérer du paiement des arrérages en restituant au crédi-rentier le capital qui a été la cause de l'établissement de la rente (art. 530) (1).

Il en était autrement dans notre ancien droit, au moins pour les rentes foncières qui étaient irrachetables (2).

(1) Cet article a été le dernier voté de tout le Code civil.

(2) Le mot rachat s'explique ainsi : Au moment de l'établissement de la rente le débi-rentier avait vendu, en quelque sorte au crédi-rentier le droit d'exiger de lui le paiement d'arrérages annuels ; c'est ce droit que le crédi-rentier est censé racheter.

Différences entre les rentes perpétuelles constituées et foncières. — Les principales différences entre les rentes constituées et les rentes foncières, en perpétuel, tiennent à cette différence fondamentale, c'est que le contrat de rente foncière est une sorte de vente d'immeuble, tandis que le contrat de rente constituée est une forme du prêt à intérêt ; c'est la forme normale des emprunts d Etat.

Il résulte de là les conséquences suivantes :

1° Le montant des arrérages des rentes foncières peut être établi librement par les parties, tandis que le montant des arrérages des rentes constituées ne peut pas dépasser 5 0/0, sous peine d'être usuraire.

2° Le privilège du vendeur d'immeuble et la rescision pour lésion de plus des sept douzièmes, s'appliquent au contrat de rente foncière, et non au contrat de rente constituée.

3° Le défaut de paiement d'un seul arrérage suffit pour entraîner la résolution du contrat de rente foncière, tandis que pour la rente constituée il faut deux années de non-paiement (art. 1912).

4° Les parties peuvent reculer à dix ans seulement l'époque du rachat des rentes constituées : elles peuvent reporter à trente ans le rachat des rentes foncières (art. 530 et art. 1911, § 2).

5° Les parties peuvent fixer librement la somme à rembourser au crédi-rentier en cas de rente perpétuelle ; au contraire, elles ne peuvent pas convenir que le capital à rembourser sera supérieur au capital reçu, dans le cas d'une rente constituée ; la convention serait nulle comme entachée d'usure.

Des particularités de la rente viagère. — La rente viagère présente quelques caractères qui lui sont propres :

1° Le contrat de rente viagère est un *contrat aléatoire*. Cela veut dire qu'il comporte des chances de gain ou de perte pour l'une et pour l'autre parties (art. 1964).

En effet, si le crédi-rentier meurt peu de temps après le contrat, le débi-rentier réalise un bénéfice souvent considérable. Il peut, au contraire, subir une perte appréciable, si la vie du crédi-rentier se prolonge indéfiniment.

2° La rente viagère *n'est pas rachetable*. A aucun moment, et sous aucun prétexte, le débi-rentier ne peut contraindre son créancier à recevoir la restitution du capital pour être libéré du paiement des arrérages. C'est une conséquence nécessaire du caractère aléatoire du contrat (art. 1979).

CHAPITRE II. — AUTRES CLASSIFICATIONS DES BIENS.

Enumération. — Les autres classifications de biens, qui ne figurent pas au Code sont les suivantes :

1° Choses corporelles et incorporelles.

2° Choses qui se consomment par le premier usage et choses qui ne se consomment pas par le premier usage.

3° Choses fongibles et choses non fongibles.

Enfin, on peut rattacher à la distinction des biens l'étude du chapitre III intitulé : « des biens dans leur rapport avec ceux qui les possèdent ».

Choses corporelles et choses incorporelles. — On entend par choses corporelles les choses qui tombent sous le sens, *quæ tangi possunt*, telles que les animaux, les fonds de terre, etc. ; mais comme nous n'étudions les choses qu'en raison des droits dont elles sont susceptibles, c'est en réalité la propriété de ces choses que l'on a en vue ; la propriété, se confondant avec son objet, apparaît ainsi elle-même comme une chose matérielle. Les choses incorporelles sont tous les autres droits, soit réels, soit de créance.

Cette distinction avait à Rome un grand intérêt au point de vue de la possession et des modes d'acquérir. Elle n'offre plus guère aujourd'hui qu'un intérêt purement historique (1).

Choses qui se consomment et choses qui ne se consomment pas par le premier usage. — On entend par choses qui se consomment par le premier usage, celles dont on ne peut tirer parti qu'en les détruisant ou en les aliénant, telles que l'huile, le vin, les pièces de monnaie, etc.

Les choses qui ne se consomment pas par le premier usage sont celles dont on peut tirer parti sans les détruire ou les aliéner, en les louant ou en leur faisant produire des fruits. Par exemple : une maison, un cheval, etc.

Intérêts pratiques. — Double intérêt pratique :

1° L'usufruit ne peut porter que sur des choses non consomptibles ; sur les choses consomptibles on ne peut établir qu'un quasi-usufruit (art. 587).

2° Les choses consomptibles ne peuvent pas faire l'objet d'un

(1) Voir cependant plus loin ce que nous disons sur l'article 2279.

commodat ou prêt à usage (art. 1878), mais seulement d'un prêt de consommation.

Choses fongibles et choses non fongibles. — On dit que deux choses sont fongibles entre elles, lorsqu elles peuvent être indifféremment données l'une à la place de l'autre ; on dit qu'elles sont non fongibles dans le cas contraire.

Exemple de choses fongibles : deux pièces de monnaie de même valeur, ayant également cours légal.

Cette classification ne doit pas se confondre avec la précédente. Ce qui fait qu'un objet est ou n'est pas consomptible, c'est sa nature propre, ce qui fait sa fongibilité ou sa non-fongibilité avec un autre objet, c'est l'intention des parties (1).

On peut dire cependant qu'en général les choses qui se consomment par le premier usage sont à valeur égale fongibles, tandis que les choses non consomptibles ne sont pas fongibles.

Exemple : Vous prêtez des pièces de monnaie rares à un changeur pour orner sa vitrine, *ad pompam et ostentationem* ; vous entendez qu'on vous rende les mêmes pièces de monnaie. Dans ce cas elles ne sont pas fongibles quoique consomptibles.

Au contraire, un libraire, n'ayant plus d'exemplaire d'un ouvrage qu'un client lui demande, s'en fait prêter un, pour ne pas manquer la vente, par un confrère voisin ; il est entendu qu'il lui restituera un autre exemplaire du même ouvrage. Voilà une chose fongible quoique non consomptible par le premier usage.

Des biens dans leurs rapports avec ceux qui les possèdent. — Au lieu d'appartenir à un simple particulier, un bien peut appartenir à l'Etat, au département ou à la commune.

Une distinction fondamentale doit être alors faite. Certains de ces biens forment le domaine public, d'autres le domaine privé.

Traits caractéristiques du domaine public. — Le domaine public se différencie du domaine privé par les caractères suivants (art. 538).

1° Les dépendances du domaine public forment des parties du territoire : ce sont des immeubles.

2° Elles sont non susceptibles de propriété privée.

(1) Dans ce sens Aubry et Rau, § 166 et note 3 ; Baudry-Lacantinerie, I, n° 1206. Cette solution est combattue par un auteur, M. Planiol, I, n° 789. Pour lui, la fongibilité tient comme la consomptibilité à la nature des choses et non à l'intention des parties. Ce qui d'après lui différencie les deux classifications, c'est que la consomptibilité ou la non-consomptibilité est une qualité de la chose considérée en elle-même, isolément ; tandis que la fongibilité suppose une relation d'équivalence entre deux objets.

3° Elles sont affectées à un usage public et non à un service public, sauf controverse (1).

Différences juridiques entre le domaine public et le domaine privé. — Les biens du domaine public diffèrent de ceux du domaine privé en ce qu'ils sont inaliénables et imprescriptibles.

Inaliénables ; c'est-à-dire qu'ils ne peuvent être aliénés même en vertu d'une loi.

Imprescriptibles ; c'est-à-dire qu'en les possédant, même pendant un temps immémorial, un particulier ne peut pas les acquérir par prescription.

Domaine de l'Etat. — Le domaine public de l'Etat comprend : les routes nationales, les fleuves et rivières navigables et flottables, les rivages de la mer, les ports, havres et rades.

Son domaine privé comprend : les lais et relais de la mer, les bois et forêts de l'Etat, les immeubles affectés à un service public, tels que les palais nationaux, etc. (sauf controverse).

Domaine du département. — Le domaine public du département comprend les routes départementales.

Son domaine privé comprend : les immeubles affectés à un service public, tels que hôtels de préfecture, de sous-préfecture, tribunaux et cours d'assises, prisons départementales, etc.

Domaine de la commune. — Le domaine public de la commune comprend : les chemins vicinaux, les chemins ruraux, les places, rues et passages des villes ou villages, etc.

Son domaine privé comprend trois catégories de biens : les biens affectés à un service public, les biens patrimoniaux que la commune donne à bail aux particuliers et dont elle tire des fruits civils, et les biens communaux qui sont soumis à la jouissance en nature des habitants, tels que bois, prés, landes, etc. (2).

Remarque en ce qui concerne les cours d'eau ni navigables ni flottables. — Sous l'empire du Code civil, la question était très discutée de savoir quel était le caractère des cours d'eau ni navigables ni flottables. La loi du 8 avril 1898 sur le régime des eaux

(1) Cette matière rentre plutôt dans la sphère du droit administratif ; aussi nous la traitons très rapidement ici en renvoyant sur ce point le lecteur à notre *Manuel de droit administratif*, p. 192 et suivantes.

(2) Signalons en passant l'erreur commise par l'article 542 aux termes duquel « les biens communaux sont ceux *à la propriété*... desquels les habitants... ont un droit acquis ». C'est inexact ; les habitants n'ont droit qu'à la jouissance et non à la propriété. La propriété appartient à la commune. Cet article a été copié sur la loi du 10 juin 1793 qui supprimait la personnalité de la commune.

a mis fin à la controverse en décidant que l'eau était *res nullius*, mais que le lit était la propriété des riverains (art. 2 et 3).

IIIe SECTION. — DE LA PROPRIÉTÉ CONSIDÉRÉE EN ELLE-MÊME

Division de la section III. — La troisième section sera divisée en quatre chapitres de la façon suivante :

Chapitre I. Notions générales.
Chapitre II. Des modalités de la propriété.
Chapitre III. Des limitations au droit de propriété.
Chapitre IV. De la sanction du droit de propriété.

CHAPITRE Ier. — NOTIONS GÉNÉRALES.

Définition. — La propriété est le droit qui appartient à une personne de tirer *directement* d'une chose déterminée toute l'utilité juridique que cette chose peut procurer.

L'article 544 donne une définition analogue, quoiqu'un peu moins précise, en disant : « La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements ».

Caractères essentiels. — La propriété présente les caractères suivants :

1° *C'est un droit réel* ; cela résulte de la définition que nous en avons donnée ; elle s'exerce *directement* sur une chose et non pas contre une personne.

2° *C'est un droit absolu*, à un double point de vue.

D'abord, en ce que comme tout droit réel, la propriété est opposable à tous.

Ensuite, en ce qu'elle confère à celui qui en est investi la faculté de tirer de la chose tout le profit qu'elle peut lui procurer. Il peut s'en servir, lui faire produire des fruits ; il peut aussi la détruire ou en disposer, par vente, par donation ou autrement.

C'est à raison de ce caractère absolu du droit de propriété qu'on en est arrivé à confondre le droit avec l'objet sur lequel il porte.

Quand on veut affirmer qu'on est propriétaire d'une chose on dit cette chose est à moi, cette chose m'appartient. C'est pourquoi le droit de propriété est considéré comme une chose corporelle (1) ; c'est pourquoi aussi la propriété d'un immeuble ou d un meuble rentre dans les immeubles ou dans les meubles par nature, et non dans les meubles (2) par la détermination de la loi ou dans les immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent (3).

3° *C'est un droit exclusif.* — Cela veut dire que nul autre que le propriétaire ne peut tirer parti de sa chose. Cela veut dire aussi qu'on ne conçoit pas que sur une même chose deux personnes puissent avoir en même temps un droit de propriété pour le tout ; deux ou plusieurs personnes peuvent bien être co-propriétaires pour moitié, pour un tiers ou pour un quart d'une même chose : mais ils ne peuvent pas être propriétaires pleins et entiers de cette chose. Le droit de propriété étant absolu, le droit de l'un exclut forcément le droit de l'autre. Il en est autrement du droit de créance Deux ou plusieurs personnes peuvent être créancières d un même débiteur pour la même somme, au cas de solidarité active (art 1197).

4° *C'est un droit perpétuel* ; en ce qu'aucun terme n'est assigné à son existence Il n'est pas constitué pour un temps déterminé, mais pour toujours. Lorsque le propriétaire meurt, son droit ne s'éteint pas avec lui ; il se transmet à ses héritiers, soit par testament, soit par succession *ab intestat.*

Des attributs de la propriété. — Nous avons dit que la propriété était le droit le plus absolu que l'on puisse avoir sur une chose. On a ramené à trois les attributs que confère le droit de propriété à son titulaire : le *jus utendi*, le *jus fruendi* et le *jus abutendi.*

Le *jus utendi* est le droit de se servir de la chose ; par exemple, pour une maison, en l'habitant ; pour un cheval, en l'attelant ou en le montant.

Le *jus fruendi* est le droit de retirer des fruits de la chose. Ces fruits sont de deux sortes : des fruits proprement dits ou des produits.

On entend par fruits proprement dits ce que la chose donne, d'après sa destination naturelle, et, généralement, d'une façon périodique : tels, les fruits des arbres, les récoltes, etc.

(1) Voir *suprà*, p. 388.
(2) Voir *suprà*, p. 387.
(3) Voir *suprà*, p. 394.

On entend par produits, le rapport que donne une chose, d'une façon accidentelle et sans que ce soit d'après sa destination naturelle, par exemple : les pierres d'une carrière, qui sont en réalité des fractions détachées du fonds, le trésor, qui est un don de fortune, les coupes de bois dans une forêt non aménagée en coupes réglées ; on ajoutait à Rome, l'enfant de la femme esclave, le *partus ancillæ*.

Les fruits proprement dits se subdivisent à leur tour en fruits naturels, fruits industriels et fruits civils.

Les fruits naturels sont le résultat de la nature agissant seule et sans le secours de l'homme. Tels sont : le croît, la laine, le lait, la peau des animaux.

Les fruits industriels sont le résultat de la collaboration de l'homme et de la nature. Tels sont : les fruits des arbres et des récoltes.

Les fruits civils consistent dans le loyer des maisons, dans les fermages, dans les intérêts des sommes placées, ou les dividendes des actions, etc.

Cette classification n'offre aucun intérêt pratique pour le propriétaire lui-même ; puisqu'il a droit à tout ce que sa chose rapporte. Elle offre, au contraire, un intérêt considérable, nous le verrons plus loin, à l'égard de l'usufruitier.

Le *jus abutendi* est la faculté qui appartient au propriétaire de faire de sa chose un usage qui n'est pas renouvelable : par exemple, en la détruisant en la transformant ou en l'aliénant

Des actes juridiques relatifs à l'exercice du droit de propriété. — Le propriétaire peut faire relativement à sa chose deux sortes d'actes juridiques : des actes d'administration et des actes de disposition.

Cette distinction n'offre aucun intérêt pratique, lorsque le propriétaire est pleinement capable et exerce par lui-même son droit de propriété. Car il peut faire indifféremment les actes d'administration et les actes de disposition. Elle est, au contraire, très importante lorsque le propriétaire est privé de l'exercice de ses droits civils, comme le mineur non émancipé et l'interdit judiciaire, ou lorsqu'il est obligé d'être assisté de quelqu'un pour l'exercice d'une partie de ses droits civils, comme le mineur émancipé et comme le demi-interdit.

Cette distinction offre également, ainsi que nous le verrons plus tard, un intérêt considérable dans les rapports respectifs des époux, lorsque la fortune de la femme est gérée par le mari.

Dans tous ces cas, il est important de distinguer les actes d'administration des actes de disposition, parce que le mandataire qui représente un incapable ou l'incapable qui agit avec l'assistance d'autrui peut, en général, faire librement les actes d'administration, tandis qu'il lui est interdit de faire des actes de disposition.

Or, il n'est pas possible de donner à cet égard un critérium absolu ; on est obligé de procéder par solutions d'espèces, pour chaque cas particulier.

Tout ce qu'on peut dire de plus général à cet égard, c'est que les actes d'administration ont pour but de conserver, d'entretenir et de faire fructifier la chose. Au contraire, les actes de disposition sont ceux qui ont pour résultat de faire sortir le bien du patrimoine du débiteur, ou de limiter dans l'avenir le pouvoir absolu du propriétaire sur sa chose, en conférant sur elle certains droits à des tiers.

Ainsi rentrent dans la première catégorie : les actes purement conservatoires, comme les actes interruptifs de prescription, les perceptions de fruits et de revenus, la vente de récoltes, les baux de peu de durée, à coup sûr de neuf ans, peut-être dans certains cas ceux supérieurs à neuf ans (1).

Doivent être rangées dans la deuxième catégorie : l'aliénation à titre gratuit ou à titre onéreux de la chose elle-même, les constitutions de droits réels sur la chose, et les baux emphytéotiques (art. 2, loi du 25 juin 1902).

CHAPITRE II. — DES MODALITÉS DE LA PROPRIÉTÉ.

Enumération. — La propriété peut se présenter sous trois formes différentes :

1° Elle peut être pure et simple ; c'est son aspect ordinaire, dont nous avons donné plus haut les caractères et fait connaître les attributs.

2° Elle peut être affectée d'une condition, soit suspensive, soit résolutoire ;

3° Elle peut appartenir à plusieurs pour partie et constituer la copropriété.

(1) Par exemple, pour la femme séparée de biens judiciairement voir t. III, à la séparation de biens.

Il est une modalité, qui peut affecter les droits de créance, et certains droits réels, mais qui ne s applique pas à la propriété, c'est le terme. La propriété est, en effet, un droit essentiellement perpétuel.

Division. — Nous étudierons dans trois paragraphes :

1° La propriété résoluble ;

2° La copropriété ;

3° La propriété en main commune ou *gesammte hand.*

§ 1. — De la propriété résoluble.

Définition. — Il y a propriété résoluble, ou propriété affectée d'une condition résolutoire, lorsque le droit de propriété qui appartient à une personne sur une chose, par exemple, sur un immeuble, est susceptible de disparaître rétroactivement si tel événement, futur et incertain, vient à se produire.

Exemple : — Le cas le plus fréquent de propriété résoluble se présente au cas de vente avec faculté de rachat (1).

Primus vend à Secundus un immeuble en se réservant la faculté de résoudre la vente et de reprendre son immeuble si, dans deux ans, il rembourse à Secundus le prix de la vente et ses accessoires. Secundus n'acquiert qu'une propriété résoluble ; en effet, son droit est destiné à disparaître rétroactivement le jour où la condition se réalisera par le remboursement du prix et de ses accessoires effectué par le vendeur.

Trois moments à considérer. — Pour déterminer les effets de la propriété résoluble, il faut se placer à trois moments :

Pendente conditione, existente conditione, deficiente conditione et pour rendre nos explications plus simples. nous nous placerons dans le cas sus-indiqué de la vente à réméré d'un immeuble.

I. — Effets de la propriété résoluble, pendente conditione — Tant que la condition est en suspend, l'acheteur est propriétaire de l'immeuble sous condition résolutoire, tandis qu'à l'inverse, le vendeur est propriétaire du même immeuble sous condition suspensive.

a) *L'acheteur est propriétaire sous condition résolutoire.* — Il a un droit qui n'est pas définitif ni irrévocable, mais il a un droit

(1) Les règles de la propriété résoluble reçoivent aussi fréquemment application dans la pratique dans le cas où la vente d'un immeuble est annulée en raison d'un vice originaire dans le contrat, ou lorsqu'une vente d'immeuble est résolue pour inexécution par l'une des parties.

de propriété. Il en résulte qu'il peut faire sur la chose tous les actes juridiques qu'un propriétaire peut faire, non seulement des actes d'administration, mais même des actes de disposition : constitutions d'hypothèques, de servitudes et même aliénation de l'immeuble soit à titre onéreux, soit à titre gratuit. S'il meurt, il transmet son droit à ses héritiers. Mais, évidemment, les aliénations qu'il consent, les droits réels qu'il constitue, sont affectés de la même condition résolutoire que son droit de propriété, en vertu de la règle élémentaire *nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet.*

b) *Le vendeur est propriétaire sous condition suspensive.* — Tant que la condition est en suspens il n'a aucun attribut de la propriété et ne peut tirer aucun profit matériel de l'immeuble. Il n'est pas cependant dépourvu de tout droit. Il a sur l'immeuble un droit conditionnel qu'il transmet à sa mort à ses héritiers et que, de son vivant, il peut grever de droits réels et aliéner, sous la même condition suspensive qui affecte son droit de propriété.

II. — Effets de la condition suspensive, existente conditione. — Si la condition se réalise, — c'est-à-dire dans notre espèce, si le vendeur opère le réméré, — il y a anéantissement rétroactif de la vente qui est censé n'avoir jamais existé. En conséquence, l'acheteur est réputé n'avoir jamais été propriétaire de l'immeuble et le vendeur, inversement, réputé en être resté propriétaire pendant le temps intérimaire.

a) *L'acheteur est réputé n'avoir jamais été propriétaire.* — Il en résulte que toutes les aliénations et toutes les constitutions de droits réels qu'il avait consenties *pendente conditione* tombent. C'est l'application d'une règle essentielle qui se formule ainsi : « *Resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis* ». On voit par là tout l'intérêt qu'on a, au moment où on achète un immeuble ou lorsqu'on acquiert un droit réel sur un immeuble, à bien connaître dans quelle condition la personne avec qui l'on traite est propriétaire de cet immeuble. Nous verrons bientôt que la formalité de la transcription pourvoit à ce besoin.

Par exception, les actes d'administration accomplis par l'acheteur sont maintenus. Cette solution se justifie par la nécessité d'assurer la bonne administration du bien *pendente conditione* (1).

b) *Le vendeur est réputé être resté propriétaire* — Il suit de là que les aliénations qu'il avait consenties et les droits réels qu'il avait constitués sont consolidés.

(1) En sens contraire, Laurent, XVII, nos 82 et 83.

III. — Effets de la condition suspensive, deficiente conditione. — Lorsque la condition ne se réalise pas, — dans notre espèce, si le vendeur n'opère pas le réméré — tout se passe comme si l'acheteur avait été propriétaire pur et simple de l'immeuble. Il en résulte que tous les actes soit d'administration, soit de disposition, qu'il a faits, sont consolidés d'une façon inébranlable, tandis qu'à l'inverse, les actes accomplis par le vendeur sont anéantis rétroactivement.

§ 2. — De la copropriété.

Définition. — La copropriété ou indivision est l'état dans lequel se trouvent plusieurs personnes, lorsqu'elles ont sur la même chose un droit de propriété pour une quote part déterminée, une moitié, un tiers ou un quart.

Principale source de la copropriété. — La copropriété a pour source principale l'ouverture d'une succession à laquelle plusieurs héritiers sont appelés. C'est cette hypothèse que l'on a surtout en vue lorsqu'on étudie l'indivision (1).

Des inconvénients de l'état d'indivision. — L'état d'indivision présente des inconvénients très graves en raison des difficultés d'administration de la chose indivise. L'opposition d'un seul des copropriétaires suffit pour empêcher de faire aucun acte relativement à la chose qui appartient à tous. En sorte qu'à défaut d'entente unanime, l'administration pourra être constamment entravée par la volonté d'un seul. Il en est autrement dans l'état de société, où la loi de la majorité est observée.

De l'obligation de subir le partage. — Aussi, la loi a-t-elle posé en principe que nul n'est tenu de rester dans l'indivision. A tout moment, l'un des copropriétaires peut y mettre fin en provoquant le partage (art. 815).

On peut cependant convenir de suspendre le partage pendant un temps limité ; cette convention ne peut être obligatoire au delà de cinq ans ; mais elle peut être renouvelée (art. 815).

(1) Elle résulte aussi de la communauté entre époux ; mais alors elle est soumise à des règles particulières au point de vue de l'administration des biens qui suppriment les inconvénients habituels de l'indivision.

§ 3. — De la propriété en main commune, ou gesammte hand.

Définition. — On entend par là un régime particulier de propriété qui existe en Allemagne dans la société civile et dans la communauté entre époux.

C'est une forme de propriété collective, qui tient le milieu entre la personnalité morale et l'état d'indivision.

En quoi elle ressemb'e à la personnalité morale et diffère de l'état d'indivision. — Elle ressemble au régime de la personnalité morale et diffère de l'état d'indivision aux points de vue suivants :

1° Les biens soumis à ce régime forment un patrimoine spécialement affecté au but social ; ils sont complètement détachés des biens appartenant à titre privatif à chacun des associés individuellement ;

2° Ils forment le gage exclusif des créanciers sociaux, et échappent à toute poursuite de la part des créanciers personnels des associés ;

3° Ils ne peuvent être ni aliénés, ni hypothéqués, même pour partie, par l'un des associés agissant dans un intérêt purement individuel.

En quoi elle ressemble à l'indivision et diffère de la personnalité morale. — Elle ressemble à l'indivision et diffère de la personnalité morale par un trait essentiel, c'est que, dans le régime de la propriété en main commune, les associés restent titulaires de la propriété soumise à ce régime ; leur personnalité n'est pas remplacée par celle d'un être immatériel, la personne morale.

D'où il suit notamment : 1° que la capacité des associés influera sur la validité des actes sociaux ; par exemple, si parmi eux il existe un mineur ; 2° il ne faudra pas appliquer à l'usufruit constitué au profit des associés l'article 619 sur la durée de l'usufruit appartenant aux personnes morales.

Applications invoquées de ce régime en France. — Cette forme particulière de propriété a fait l'objet d'études importantes en France dans ces dernières années. Les uns trouvent l'application de ce régime en matière de communauté conjugale et de sociétés civiles (1). D'autres considèrent comme soumises à ce ré-

(1) Louis Josserand, *Livre du Centenaire du Code civil*, I, p. 357.

gime et non à celui de la personnalité morale les sociétés commerciales par intérêt (1).

CHAPITRE III. — DES LIMITATIONS AU DROIT DE PROPRIÉTÉ.

Idée générale. — Pour si absolu que soit le droit de propriété il comporte cependant certaines limitations qu'il est nécessaire de faire connaître. Nous étudierons dans ce chapitre :

1° Les cas où la propriété est inaliénable ;

2° Les limitations qui résultent de la législation des mines ;

3° L'atteinte à la propriété qui peut résulter de l'expropriation pour cause d'utilité publique.

Nous renvoyons à la section VII consacrée aux servitudes réelles les restrictions à la propriété qui résultent des servitudes légales.

§ 1. — Des cas où la propriété est inaliénable.

Enoncé du principe. — En règle ordinaire, le propriétaire a la libre disposition de sa chose ; la faculté d'aliéner forme, nous l'avons vu, un des attributs du droit de propriété, connu sous le nom de *jus abutendi*.

Il est cependant des cas exceptionnels où la loi enlève au propriétaire le droit d'aliéner son bien. On peut, en outre, se demander si, en dehors de ces cas formellement prévus par la loi, on peut convenir qu'un bien sera inaliénable entre les mains de son propriétaire.

Des cas d'inaliénabilité prévus par la loi. — Les principaux cas d'inaliénabilité prévus par la loi sont les suivants :

1° Les biens du domaine public de l'Etat, du département et de la commune, sont inaliénables (2);

2° Les immeubles dotaux de la femme ne peuvent pas être aliénés par elle, même autorisée par son mari (art. 1554) ;

3° Dans les cas exceptionnels où la loi permet les substitutions fidéicommissaires, les biens compris dans la substitution sont inaliénables entre les mains du grevé de substitution (art. 1048 et suiv.).

Examen de la validité des clauses d'inaliénabilité. — Celui qui vend, qui donne ou qui lègue un immeuble à quelqu'un

(1) Léon Michoud, *La théorie de la personnalité morale*, I, p. 179.
(2) Voir *suprà*, p. 396.

peut-il convenir valablement que ce bien ne pourra pas être aliéné par son nouveau propriétaire ?

La question est discutée.

La doctrine est généralement hostile à la validité d'une semblable clause. Elle considère avec raison que la condition normale d'un bien est d'être disponible entre les mains de son propriétaire, et qu'en dehors des exceptions limitativement établies par la loi, on doit s'en tenir à cette règle.

Au contraire, la jurisprudence admet une distinction Elle déclare nulles les clauses d'inaliénabilité perpétuelle, comme contraires à l'essence même du droit de propriété.

Mais elle considère comme valables les clauses d'inaliénabilité temporaire lorsqu'elles sont établies dans un but licite.

Telle serait, par exemple, la clause d'une donation déclarant le bien donné inaliénable jusqu'à ce que le donataire ait atteint un âge déterminé, afin de le prémunir contre son inexpérience et contre l'esprit de prodigalité (1).

Le principe de cette distinction est contesté. On a fait observer très justement que les raisons données par la jurisprudence pour annuler la clause d'inaliénabilité perpétuelle auraient dû l'amener également à condamner les clauses d'inaliénabilité temporaire (2).

***§ 2. — Limitations résultant de la réglementation des mines (3).

Définition des mines. — Loi en vigueur. — On entend par mines des masses de substances connues pour contenir de l'or, de l'argent, du mercure et autres métaux limitativement déterminés.

La loi qui détermine le régime des mines est la loi du 21 avril 1810.

Economie générale de la loi du 21 avril 1810. — La loi du 21 avril 1810 part de cette idée que le gisement minier appartient au propriétaire du sol, en vertu du principe consacré par l'ar-

(1) Cass., 11 juillet 1877, D. 78.1.62.

(2) Huc. *Commentaire théorique et pratique du Code civil,* VI, n° 86 ; Planiol, I, n° 1049.

(3) Consulter, pour plus de développements sur cette question, notre *Manuel de droit administratif,* p. 363 et suiv.

ticle 552 du Code civil que la « propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous ».

Mais, dans l'intérêt, d'ordre général et supérieur, de la bonne exploitation des mines, elle reconnaît à l'Etat le droit absolu de disposer de la mine par voie de concessions, en attribuant au propriétaire lui-même à ou toute autre personne, sans que le propriétaire ait un droit de préférence à la concession, comme pendant la période révolutionnaire, en vertu de la loi du 28 juillet 1791.

Lorsque la concession est faite au profit d'une autre personne que le propriétaire du sol, ce dernier a droit à une redevance annuelle, appelée redevance tréfoncière.

Enfin, la concession d'une mine a pour conséquence remarquable de produire le dédoublement du droit de propriété contrairement à l article 552 précité. Il y a lieu désormais de distinguer deux immeubles, même lorsque la concession est faite au propriétaire lui-même :

1° L'immeuble constitué par l'exploitation minière ;

2° La surface du sol.

Redevances qui incombent au concessionnaire d'une mine — Le concessionnaire d'une mine est tenu de trois sortes de redevances :

1° *A l'égard du propriétaire du sol.* — Le concessionnaire peut être tenu à l'égard du propriétaire du sol :

a) A une redevance tréfoncière ;

b) A une indemnité pour les dommages causés à la surface par l'exécution de certains travaux.

La redevance tréfoncière est une redevance annuelle, dont le montant est déterminé par le décret de concession ; elle est en général de 10 0/0 du revenu de la mine. Elle constitue un droit immobilier, comme la rente foncière de notre ancien droit ; elle forme l'accessoire de la propriété de le surface, et par suite, elle est grevée des hypothèques qui grèvent la surface.

2° *A l'égard de l'Etat.* — Le concessionnaire est tenu envers l'Etat à une redevance qui comprend : un droit fixe de dix francs par kilomètre carré et un droit proportionnel sur les produits de la mine, fixés chaque année par la loi des finances, et qui ne peut dépasser 5 0/0 du produit net.

3° *A l'égard de l'inventeur.* — Le concessionnaire doit à celui qui a découvert la mine, une indemnité pour le fait même de la découverte et une indemnité pour les dépenses qu'il a faites.

Obligations imposées au concessionnaire. — Dans l'in-

térêt de la bonne exploitation des mines, certaines obligations sont imposées au concessionnaire :

1° L'indivisibilité de la mine, pour éviter des frais généraux trop considérables résultant du morcellement ;

2° L'interdiction de réunir plusieurs mines en une seule, dans la crainte des accaparements ;

3° L'interdiction de restreindre ou de suspendre l'exploitation de la mine sous peine de déchéance ;

4° L'obligation de concourir aux travaux d'assèchement des mines, en cas d'inondation souterraine menaçant plusieurs concessions.

Minères et carrières. — On entend par minières les minerais de fer dits d'alluvion, les terres pyriteuses, les terres alumineuses et les tourbes.

Elles peuvent dans certains cas être l'objet de concessions comme les mines ; mais, en général, elles sont exploitées librement par le propriétaire après une simple déclaration ou une permission du préfet lorsque l'exploitation doit être souterraine. Quant aux carrières ce sont des gisements comprenant les ardoises, les pierres à bâtir, les marbres, granits, etc.

Elles ne donnent jamais lieu au régime des concessions ; elles sont exploitées par le propriétaire après une simple déclaration à la mairie.

§ 3. — Expropriation pour cause d'utilité publique (1).

Principe. — Le droit de propriété est inviolable, comme la personne et comme le domicile. C'est un des principes inscrits dans la Déclaration des droits de l'homme, et reproduit dans la plupart des constitutions françaises de ce siècle.

Exception. — Cependant, tout en proclamant cette règle, les lois ont dû y apporter une dérogation importante en vertu de cette idée que l'intérêt général l'emporte toujours sur l'intérêt particulier. L'exception dont il s'agit est l'expropriation pour cause d'utilité publique.

C'est le droit pour l'administration de priver un particulier d'une chose qui lui appartient et de se l'approprier, quand l'utilité publique l'exige, moyennant une indemnité (art. 545).

(1) Pour plus de détails sur cette matière, voir notre *Manuel de droit administratif*, p. 335 et suiv.

Garanties établies dans l'intérêt de la propriété en cas d'expropriation. — Mais pour que ce droit ne dégénérât pas en abus et ne pût servir à déguiser des actes de confiscation au détriment des particuliers, la loi du 3 mai 1841 a organisé un ensemble de mesures protectrices qui constituent autant de garanties pour le droit de propriété.

On peut les ramener aux règles suivantes :

1° L'expropriation n'est possible que lorsque l'utilité publique en est constatée d'une façon non équivoque, par un décret ou par une loi, suivant l'importance des travaux qu'il s'agit d'exécuter ;

2° Ce sont les tribunaux judiciaires, gardiens naturels du droit des particuliers, qui ont seuls qualité pour prononcer l'expropriation, lorsque le propriétaire se refuse à faire une cession amiable du terrain dont l'emprise est reconnue nécessaire ;

3° Toute garantie est assurée au propriétaire, pour la fixation de l'indemnité qui devra lui être payée, en ce que le soin de déterminer cette indemnité est confié à un jury composé de citoyens indépendants ;

4° Le paiement de l'indemnité doit être préalable à la prise de possession de l'immeuble par l'administration, d'où il résulte une sûreté précieuse pour le propriétaire.

CHAPITRE IV. — SANCTION DU DROIT DE PROPRIÉTÉ.

Action en revendication. — La sanction du droit de propriété est l'action en revendication.

On peut la définir : l'action par laquelle une personne qui se prétend propriétaire veut faire reconnaître en justice son droit méconnu ou violé et se faire mettre en possession de la chose sur laquelle il porte.

Différence essentielle entre les meubles et les immeubles. — Il existe sur ce point une différence essentielle entre les immeubles et les meubles.

La revendication des immeubles est toujours possible tant que la propriété n'a pas été prescrite. Au contraire, en matière de meubles, la revendication est en principe prohibée, par application de la règle « en fait de meubles, possession vaut titre » (art. 2779). Nous nous bornons ici à cette simple constatation ; nous développerons cette règle dans la section suivante consacrée

à l'étude de la possession. Pour le moment nous ne nous occuperons que de la revendication en matière immobilière.

Du demandeur et du défendeur à la revendication ; leur rôle respectif. — De la définition que nous avons donnée plus haut de la revendication, il résulte logiquement que cette action ne peut être intentée que par celui qui n'a pas la possession de l'immeuble dont il se prétend propriétaire et qu'il ne peut l'intenter que contre celui qui possède l'immeuble. La théorie des *ficti possessores* (1), qui permettait en droit romain de poursuivre celui « *qui sese obtulit liti* » ou celui qui a cessé de posséder par dol, n'est plus admise en droit français.

Le rôle respectif des parties dans la *rei vindicatio* est nettement défini. C'est au demandeur comme dans toute action, qu'incombe le fardeau de la preuve, c'est à lui à démontrer qu'il est véritable propriétaire ; le défendeur n'a pas à faire de preuve à cet égard. Son rôle doit se borner à discuter et à détruire les preuves invoquées par son adversaire. Lorsque le demandeur ne parvient pas à faire la preuve de son droit il est débouté de sa demande, et l'immeuble reste en la possession du défendeur, sans qu'il soit démontré pour cela qu'il en soit le véritable propriétaire.

Modes de preuve de la propriété. — *Mode normal et absolu.* — Le mode normal et absolu de preuve de la propriété est la preuve par la prescription. Si le demandeur parvient à établir que, soit par lui-même soit par ses auteurs, il a possédé pendant le temps et avec les conditions nécessaires à l'acquisition de la propriété par la prescription, il doit être considéré comme le véritable propriétaire à l'encontre de tout le monde.

Distinctions nécessaires en l'absence de prescription (2). — *Tempéraments admis en pratique.* — Quand le demandeur ne peut pas invoquer en sa faveur la prescription, il devrait rigoureusement, pour faire la preuve de son droit, établir qu'il tient l'immeuble du véritable propriétaire, lequel tenait à son tour du propriétaire légitime, et ainsi de proche en proche remonter toute la chaîne des propriétaires jusqu'au premier occupant. Mais une pareille exigence serait excessive ; aussi se contente-t-on, dans la pratique, que le demandeur établisse que son droit est plus fort que celui du défendeur suivant les distinctions suivantes admises par la jurisprudence.

(1) Voir Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, p. 329 ; Cuq, *Les institutions juridiques des Romains*, p. 259.
(2) Consulter sur tous ces points, Aubry et Rau, *op. cit.*, § 219.

1° *Le demandeur produit un titre de propriété et le défendeur n'en produit pas.* — Le demandeur doit obtenir gain de cause. si son propre titre ou le titre de son auteur, qu'il produit, est antérieur à la possession du défendeur (1).

2° *Le demandeur et le défendeur produisent un titre.* — Une sous-distinction s'impose.

a) Les deux titres émanent du même auteur.

On doit préférer celui dont le titre a été transcrit le premier, lorsque la transcription est nécessaire, et celui dont le titre est antérieur en date, lorsque cette formalité n'est pas requise par la loi.

b) Les deux titres émanent de deux auteurs différents.

Le demandeur doit être débouté en principe, en vertu de l'adage : *in pari causa melior est causa possidentis* Il ne peut l emporter que dans le cas où il peut établir que son auteur aurait triomphé de l'auteur du défendeur. en vertu de la règle *nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet.*

3° *Le demandeur ne produit aucun titre.* — Si le demandeur n'invoque aucun titre, mais s'appuie sur des faits de possession anciens ou sur des indices ou sur des présomptions, il doit être débouté de sa demande si le défendeur a une possession exclusive bien caractérisée (2).

Dans le cas contraire, le juge appréciera, et si les circonstances lui paraissent plus favorables au demandeur qu'au défendeur, il pourra lui donner gain de cause (3).

Conséquences de l'action en revendication. — Lorsque le demandeur triomphe dans l'exercice de l'action en revendication, le tribunal condamne le défendeur à restituer l immeuble.

Il statue, en outre, sur la question des fruits, qui ont été perçus par le possesseur conformément aux règles que nous ferons connaître dans la section suivante en faisant l'étude de la possession.

Il peut condamner le défendeur à des dommages intérêts pour les détériorations et les dégradations qu'il a pu commettre sur l'immeuble.

Enfin. il règle les indemnités qui peuvent être dues par le demandeur au défendeur pour les dépenses qu'il a faites sur l'im-

(1) Dans ce sens, Pothier, *op. cit.*, n° 324.
(2) Cass., 10 janvier 1860, S. 60 1.350.
(3) Cass., 11 novembre 1861, S. 62.1.41 ; — Cass., 20 avril 1868, S.68.1.266.

meuble, en distinguant suivant que ces dépenses sont nécessaires, utiles ou voluptuaires.

Les dépenses nécessaires doivent être remboursées intégralement ; les dépenses utiles seulement dans la mesure de la plus-value qu'elles ont procurée à l'immeuble ; quant aux dépenses voluptuaires, elles ne donnent lieu à aucune indemnité ; le défendeur peut seulement exercer le *jus tollendi*, c'est-à-dire qu'il peut enlever tous les objets de luxe, tableaux, glaces, statues, etc., à condition de ne pas détériorer l'immeuble.

Pour ce qui est des constructions élevées par le possesseur, il faut appliquer les règles établies par l'article 555 que nous exposerons plus loin à propos de la théorie de l'accession.

Le défendeur a-t-il le droit de retenir la possession de l'immeuble pour garantir le paiement des indemnités que le demandeur peut être condamné à lui payer ?

C'est là une question que nous résoudrons en étudiant dans le tome II le *droit de rétention*.

Comment s'éteint l'action en revendication ? — L'action en revendication s'éteint avec le droit de propriété. Or, il est de règle traditionnelle que la propriété, à la différence des autres droits réels, ne s'éteint pas par le seul non-usage. Le propriétaire d'un immeuble ne perd son droit de propriété que quand une autre personne est devenue propriétaire à sa place.

Cela revient à dire qu'en matière de propriété immobilière, il n'y a pas de prescription extinctive, mais seulement une prescription acquisitive (1).

IVe SECTION. — ÉTUDE DE LA POSSESSION

Notions préliminaires.

Définition. — La possession est le pouvoir physique qu'on exerce sur une chose avec l'intention de se comporter comme véritable propriétaire de cette chose.

Distinction de la propriété et de la possession. — Il ne faut pas confondre la propriété et la possession. La propriété est

(1) L. 3, § 12, D. *De acq. vel amitt. poss.* (41.2).

le droit que l'on a sur une chose ; la possession est le pouvoir physique qu'on exerce sur cette chose. Sans doute, il arrive habituellement que c'est le propriétaire lui-même qui possède sa chose ; la propriété et la possession se trouvent ainsi réunies d'ordinaire entre les mêmes mains, c'est pour cela qu'on dit que la possession est le signe de la propriété.

Mais le contraire peut aussi se produire ; l'un peut avoir la propriété, l'autre la possession. C'est ce qui se produit dans le cas du vol d'un objet ; la victime du vol conserve la propriété tout en perdant la possession ; tandis que le voleur acquiert la possession sans devenir propriétaire.

Distinction de la possession et de la quasi-possession. — La quasi-possession est, pour les autres droits réels, ce qu'est la possession pour la propriété. Le fait d'exercer un de ces droits réels, avec la prétention d'en être le véritable titulaire, constitue la quasi-possession, de même que le fait d'exercer la propriété constitue la possession.

D'ailleurs, la distinction entre la possession et la quasi-possession ne présente aujourd hui qu'un intérêt purement historique. Elle remonte au droit romain et se rattache au dualisme de cette législation où il fallait distinguer le droit civil et le droit prétorien.

Le droit civil, partant de cette idée que la possession est le pouvoir physique sur une chose et la poussant à ses dernières conséquences logiques, en avait conclu qu'elle ne peut exister à l'égard des choses incorporelles, telles que l'usufruit et les servitudes. Mais le préteur avait considéré que l'exercice de ces droits réels équivalait à la possession. Cependant, comme il ne pouvait contredire manifestement les solutions admises par le droit civil, pour qualifier cette situation de fait, il l'appela quasi-possession.

Aujourd'hui, il n'y a plus de raison de distinguer la possession et la quasi-possession et les rédacteurs du Code les ont confondues dans une même définition (art. 2228).

Des choses non susceptibles de possession. — Malgré l'extension donnée par le préteur et admise par la législation actuelle, à la théorie primitive de la possession, il reste encore certains droits non susceptibles de possession.

Ce sont les droits de créance. Sans doute l'article 1240 parle de « celui qui est en possession de la créance » ; mais il entend désigner par là celui qui en est le titulaire apparent. Cependant lorsqu'une créance est constatée par un titre au porteur, le droit

se trouve en quelque sorte matérialisé ; il est alors susceptible de possession.

Des deux éléments constitutifs de la possession. — De la définition que nous avons donnée de la possession, il résulte qu'elle suppose réunis deux éléments essentiels :

1° Un élément physique et matériel, le pouvoir sur la chose possédée, que les Romains appelaient le *corpus* ;

2° Un élément purement intellectuel, la volonté de se comporter comme véritable propriétaire, que les Romains appelaient *animus domini* ou *animus sibi habendi*.

De la détention ou possession précaire. — Lorsque l'un des deux éléments constitutifs de la possession l'*animus domini*, fait défaut, il n'y a plus possession, mais simple détention ou possession précaire

On peut donc la définir : le fait d'exercer un pouvoir physique sur une chose, au nom du véritable propriétaire dont on reconnaît le droit.

Exemple de possesseurs précaires : fermier, locataire, etc.

Division de la section IV. — Nous consacrerons à l'étude de la possession trois chapitres :

Chapitre I. Acquisition et perte de la possession.
Chapitre II. Des vices de la possession.
Chapitre III. Des effets juridiques de la possession.

CHAPITRE Ier. — ACQUISITION ET PERTE DE LA POSSESSION.

Acquisition de la possession. — La possession s'acquiert en acquérant les deux éléments dont la possession se compose : le *corpus* et l'*animus*.

Le *corpus*, ou pouvoir physique sur une chose, s'acquiert par tous les actes qui ont pour effet de procurer une disposition exclusive de cette chose. Cela peut résulter d'une appréhension matérielle d'un objet, s'il s'agit de meubles d'un transport facile, de l'installation de la personne sur l'immeuble, ou de tout autre fait analogue.

L'*animus* ou intention de posséder à titre de propriétaire est impliqué par l'acte juridique qui a été la cause de l'acquisition du *corpus*, vente, donation, échange, etc D'ailleurs, la loi présume toujours l'existence de l'*animus* ; l'article 2230 dit, en effet, qu'on est toujours présumé posséder pour soi et à titre de propriétaire,

s'il n'est prouvé qu'on a commencé à posséder pour un autre.

Peut-on acquérir la possession par l'intermédiaire d'un tiers? — Oui, en ce qui concerne le *corpus*. C'était déjà la solution admise en droit romain (1). Non, en ce qui concerne l'*animus* : il faut que l'intention de posséder existe dans la personne même du possesseur. Cependant, on considère que cette condition est suffisamment remplie par le mandat donné à quelqu un d'acquérir la possession ; le mandant acquiert la possession *animo et corpore* par le ministère du mandataire dès l'instant que ce dernier a fait acte d'appréhension ; il n'est pas nécessaire, comme en droit romain, que le mandant soit prévenu du moment précis où cette appréhension a eu lieu. Quant aux incapables, en tutelle, ils acquièrent par l'intermédiaire de leur tuteur le *corpus* et l'*animus*. Cette solution était déjà donnée en droit romain pour le pupille *infans* et pour le *furiosus* (1).

Perte de la possession. — La possession se conserve tant que le possesseur se comporte à l'égard de la chose comme ferait un maître, et elle se perd lorsque le possesseur cesse de se comporter comme un véritable maître. Cela peut se faire soit par la perte simultanée du *corpus* et de l'*animus*, soit par la perte du *corpus* seul, par la perte de l'*animus* seul.

Il y a perte du *corpus* et de l'*animus*, dans l'hypothèse d'une tradition réelle, par exemple, quand le vendeur livre effectivement la chose vendue à l'acheteur.

Il y a perte du *corpus* seul, dans l'hypothèse d'animaux domestiques qui ont fui, lorsqu'ils ont perdu l'esprit de retour.

Il y a perte de l'*animus* seul dans l'hypothèse du *constitut possessoire*. On entend par là une clause par laquelle le vendeur convient avec l'acheteur que, tout en restant en possession de la chose vendue, il possédera désormais pour le compte de l'acheteur. Le vendeur perd l'*animus* et par là il cesse d'avoir la possession tout en conservant le *corpus*.

Remarque en ce qui concerne la possession des immeubles. — En ce qui concerne les immeubles, la possession n'est perdue que quand un tiers s'en est emparé et a conservé la possession pendant une année (art. 2243). Le seul fait de ne s'être pas comporté en maître à l'égard de l'immeuble pendant un certain temps ne suffit pas pour faire perdre la possession.

(1) Cass., 7 mai 1897, D. 97.1.145 et la note de M. Beudant.
(2) L. 13, D. *De acquirendo rerum dominio*, 41.1.

CHAPITRE II. — DES VICES DE LA POSSESSION.

Position de la question. — Les rédacteurs du Code dans l'article 2229 ont déterminé les qualités de la possession ; mais c'est plutôt des vices de la possession qu'il y a lieu de s'occuper, comme formant des anomalies et des exceptions.

Enumération des vices de la possession. — Les vices qui peuvent entacher la possession sont (1) :

1° Le vice de discontinuité :

2° Le vice de violence ;

3° Le vice de clandestinité ;

4° Le vice de précarité.

Nous allons dire un mot de chacun d'eux.

Vice de discontinuité. — La possession est discontinue lorsqu'elle ne se manifeste pas par des actes réguliers analogues à ceux qu'accomplirait un propriétaire ordinaire dans l'exercice normal du droit de propriété. Cela ne veut pas dire cependant, qu'on doive exiger du possesseur des actes de maîtrise se répétant à tout instant. Tout dépendra de l'usage qu'on peut faire de la chose. C'est ainsi, par exemple, que pour les pâturages d'été ou d'hiver, *saltus æstivi et hiberni*, la possession sera considérée comme continue pourvu qu'on ait utilisé les pâturages pendant la saison convenable.

Vice de violence. — La possession est entachée de violence lorsqu'elle a été acquise à l'aide de voies de fait ou par des moyens de contrainte morale à l'égard du possesseur.

Doit-on tenir compte seulement de la violence initiale, ou bien faut-il encore, pour que le vice de violence soit absent, que le possesseur n'ait pas été inquiété, pendant tout le cours de sa possession, par des troubles fréquents ?

La première opinion était admise en droit romain et dans notre

(1) Nous laissons de côté à dessein le vice d'interruption, et le vice d'équivoque qui résultent cependant de l'énumération de l'article 2229. Voici pourquoi : lorsque la possession est interrompue, elle cesse d'exister ; il y a donc plus que vice de possession, il y a absence de possession pendant le temps que l'interruption dure. Quant au vice d'équivoque, il ne forme pas un vice distinct. La possession est équivoque lorsque les qualités que doit posséder la possession telles que la continuité ou la publicité, font défaut. Aubry et Rau, II, n° 217 et note 8. En sens contraire, Planiol, I, n° 964.



ancien droit. On a prétendu qu'elle avait été abandonnée par les rédacteurs du Code, et on s'appuie pour le soutenir sur le rapprochement de l'article 2233, qui prévoit la violence initiale, et sur l'article 2229, qui exige que la possession soit *paisible*. Pour que ce dernier article ait un sens, il faut supposer qu'elle concerne des troubles se produisant pendant la durée de la possession, et non ceux qui ont accompagné la prise de possession, auxquels se réfère déjà l'article 2234 (1).

Il nous paraît préférable de nous en tenir à l'opinion traditionnelle et de ne considérer comme viciant la possession que les faits de violence qui se produisent au début de l'entrée en possession. On ne voit pas, en effet, pourquoi des troubles venant de tiers pourraient rendre la possession inefficace alors qu'ils n'ont pas abouti à une interruption de possession (2).

Caractère relatif. — La violence est un vice relatif, il ne peut être invoqué que par celui à l'égard duquel elle s'est manifestée ; à l'égard de toute autre personne, le possesseur peut se prévaloir de sa possession.

Comment se purge la violence. — D'ailleurs, le vice de violence n'est pas perpétuel ; il disparaît par une année de possession sans trouble, à partir du moment où la violence a cessé, sans qu'il soit nécessaire que la chose soit revenue aux mains de la personne qui en avait été précédemment dépossédée (art. 2233, § 2).

Vice de clandestinité. — La possession est clandestine lorsqu'elle se manifeste par des actes extérieurs de nature à être connus par celui contre lequel on veut se prévaloir de sa possession.

Ce vice se rencontre rarement dans la pratique.

Caractère relatif. — Comme la violence, ce vice est relatif, et ne peut être invoqué que par celui à l'encontre duquel il existe.

Comment se purge la clandestinité. — Comme la violence également, elle est susceptible de se purger par des faits susceptibles de révéler au public l'exercice de la possession.

Vice de précarité. *Définition.* — Le vice de précarité consiste à posséder pour le compte d'autrui à titre de simple détenteur.

Sont possesseurs précaires : les locataires, fermiers, le tuteur quant aux biens de son pupille, le mari quant aux biens de sa

(1) Dans ce sens, Troplong, *Le droit civil expliqué suivant les articles du Code*, II 350 ; Planiol, I, n° 952.

(2) Dans ce sens, Aubry et Rau, § 180, texte et note 23.

femme, en un mot toute personne qui est tenue à restituer le bien qu'elle détient pour autrui.

La précarité est exclusive de la possession. — En réalité, la précarité n'est pas un simple vice de la possession ; elle est exclusive de toute possession puisque le possesseur précaire n'a pas l *animus sibi habendi*, mais seulement le *corpus*. Si nous en parlons ici, c'est pour nous conformer aux dispositions du Code civil (1).

Ses caractères. – La précarité présente les caractères suivants :

1° Elle ne se présume pas. On est toujours censé posséder pour soi même. C est à celui qui soutient le contraire à en faire la preuve (art. 2230) ;

2° Elle est perpétuelle. Quel que soit le temps écoulé elle ne peut pas disparaître par la seule durée (art. 2236) ; et elle se transmet aux héritiers (art. 2237) ;

3° Elle est absolue. Elle peut être invoquée par tout le monde et non pas seulement par celui pour le compte de qui la détention a lieu.

Comment se purge le vice de précarité ? — La seule volonté du détenteur ne suffit pas pour faire disparaître la précarité. C'est ce qu'on exprime en disant qu'on ne peut pas se changer à soi-même la cause de sa possession (art. 2240) (2).

La précarité ne peut cesser que par une interversion de possession provenant d'un tiers, ou résultant d une contradiction opposée au droit du propriétaire (art. 2238).

Interversion provenant d'un tiers : par exemple, une vente, une donation consentie par un tiers au détenteur qui croyait traiter avec le véritable propriétaire.

Contradiction opposée au droit du propriétaire, soit par acte extrajudiciaire ou judiciaire, soit même par des actes matériels particulièrement graves et caractérisés.

C'est au détenteur à démontrer que son titre a été interverti.

(1) Les rédacteurs ont confondu la *nuda detentio* et la possession précaire des Romains. Le *precarium* était un contrat innommé par lequel une personne concédait l usage gratuit d'une chose à une autre personne jusqu'à première réquisition Le concessionnaire ou précariste n était que détenteur à l'égard du concédant, mais il était possesseur véritable à l'égard de toute autre personne et il avait les interdits possessoires. Au contraire, le dépositaire, le commodataire, le fermier, etc., étaient de simples détenteurs, qui n'avaient à l'égard de personne l'exercice des interdits possessoires.

(2) Signalons la contradiction apparente qui existe entre cet article 2240 et l'article 2241 ; elle s'explique aisément si l'on observe que l'article 2240 vise la prescription acquisitive et l article 2241 la prescription extinctive.

Quand on a commencé à posséder pour autrui, on est toujours présumé posséder au même titre, s'il n'y a preuve du contraire (art 2231).

De la précarité en matière de servitudes. — Il y a précarité en matière de servitudes lorsqu'une servitude est exercée à titre de simple tolérance par suite d'une concession tacite du propriétaire sur le fonds duquel elle s'exerce ; il en est ainsi notamment du passage au travers d'un fonds.

Ici, le mot précarité est entendu au sens romain du mot *precarium*. Ce vice est purement relatif. Il ne peut disparaître que par une contradiction formelle à l'égard du propriétaire. L'interversion de possession venant d'un tiers ne suffirait pas (1).

C'est à la précarité dans la possession des servitudes que se réfère la formule de l article 2232 aux termes de laquelle les actes de simple tolérance ne peuvent fonder ni possession ni prescription.

***CHAPITRE III. — DES EFFETS JURIDIQUES DE LA POSSESSION.

Enumération. — Considérée en elle-même, indépendamment de la propriété, la possession produit des effets considérables :

1° Elle assure au possesseur le rôle de défendeur dans le procès en revendication, et nous avons expliqué précédemment (2) quel avantage on avait à tenir ce rôle plutôt que celui de demandeur ;

2° Elle sert de base à plusieurs modes d'acquérir la propriété : à l'occupation, à la tradition et à la prescription, ainsi que nous le verrons dans la section suivante ;

3° Elle fait acquérir les fruits au possesseur de bonne foi ;

4° Elle sert de titre de propriété à l'égard des meubles en vertu de la règle de l article 2279 : « en fait de meubles, possession vaut titre » ;

5° Elle est sanctionnée par des actions spéciales qu'on appelle *actions possessoires*

Division du chapitre. — Nous diviserons le chapitre en trois paragraphes :

§ 1. De l'acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi.
§ 2. De la règle : « en fait de meubles, possession vaut titre ».
§ 3. Des actions possessoires.

(1) Aubry et Rau, *op. cit.*, II, § 130 et note 17.
(2) Voir *suprà*, p. 410.

***§ 1. — De l'acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi.

Enoncé de la règle (art. 549 et 550). — Celui qui possède un immeuble de bonne foi, croyant en être le véritable propriétaire, acquiert les fruits de cet immeuble, et il n'a pas à les restituer au véritable propriétaire de l'immeuble, lorsque celui-ci l'évince de la possession.

Exemple : Primus achète de Secundus un immeuble qui appartient en réalité à Tertius ; il possède cet immeuble de bonne foi, persuadé avoir acheté du véritable propriétaire. Au bout de quelque temps, Tertius revendique l'immeuble ; Primus sera tenu de rendre l'immeuble, mais il gardera les fruits qu'il avait perçus.

Justification de la règle. — Cette règle n'est pas nouvelle ; elle existait déjà en droit romain (1). Elle se justifie par cette raison que le possesseur qui se croit véritable propriétaire de l'immeuble, a dû faire des fruits l'usage que tout propriétaire a coutume d'en faire ; il a dû les dépenser pour vivre, *lautius vivendo*, disaient les Romains ; l'obliger à les rendre au véritable propriétaire, quand celui-ci revendique contre lui l'immeuble, ce serait lui imposer une restitution qui lui causerait un dommage trop considérable, surtout si sa possession avait duré un certain laps de temps.

Au surplus, si cette situation s'est produite, si le possesseur a pu ainsi rester quelque temps en possession de l'immeuble, cela tiendra le plus souvent à la négligence du propriétaire qui n'a pas surveillé ses intérêts d'assez près. Entre ce propriétaire négligent et le possesseur de bonne foi, la loi a donné la préférence à ce dernier. « *vigilantibus jura subveniunt, non dormientibus* ».

Condition unique pour l'acquisition des fruits : la bonne foi. — *Enoncé de la règle.* — La loi exige une seule condition pour l'acquisition des fruits : c'est que le possesseur soit de bonne foi (art. 549).

Quand le possesseur est-il de bonne foi ? — Le possesseur est de bonne foi lorsqu'il possède comme propriétaire, en vertu d'un titre translatif de propriété dont il ignore les vices (art. 550).

On entend par titre translatif de propriété tout acte qui a pour effet, quand il est régulier, d'opérer le transfert de propriété. Tels sont : la vente, la donation, l'échange, le testament.

(1) Institutes de Justinien, liv. II, t. I, *de divisione rerum*, n° 35.

Le possesseur doit ignorer tous les vices qui peuvent entacher son acte d'acquisition, et non pas seulement le vice consistant en ce que l'aliénateur n'était pas véritable propriétaire de l'immeuble.

Ainsi, le possesseur ne serait pas de bonne foi s'il savait que l'aliénateur était incapable, ou que la vente portait sur un bien inaliénable ; *à fortiori*, dans le cas où il a été auteur ou complice d'actes de violence ou de dol pour déterminer la partie adverse à contracter.

D'ailleurs, la loi ne distingue pas entre l'erreur de droit et l'erreur de fait ; l'une et l'autre sont prises en considération pour constituer le possesseur en état de bonne foi.

Du titre putatif. — Le titre putatif (de *putari*, penser) est celui que le possesseur croit exister et qui n'existe pas en réalité. C'est, par exemple, une donation faite par acte sous seing privé, et que le possesseur croit bonne, alors qu'au point de vue juridique elle n'existe pas (1) ; c'est un testament faux, qu'on croyait vrai, ou un testament révoqué par un testament postérieur dont on ignorait l'existence ; c'est encore le cas d'une personne qui se croyait appelée à recueillir une succession réellement dévolue à un parent plus proche.

Le titre putatif suffit-il ? il ne suffit pas, nous le verrons plus loin, pour l'usucapion de dix à vingt ans ; mais il suffit en ce qui concerne l'acquisition des fruits. Cette différence de solution tient à ce que la loi, en matière d'usucapion, dans l'article 2265, exige le juste titre comme condition distincte de la bonne foi. « Celui qui acquiert de bonne foi et par juste titre... » Au contraire, pour l'acquisition des fruits, une seule condition est requise par la loi : la bonne foi ; le titre n'est exigé que comme élément de la bonne foi et parce qu'on ne peut pas concevoir la bonne foi de la part d'une personne qui possède sans titre.

Preuve de la bonne foi. — La bonne foi est toujours présumée, et c'est à celui qui allègue la mauvaise foi à la prouver (2). Cette règle, établie par l'article 2268, en matière de prescription, doit être étendue, de l'avis de tous les auteurs, à notre matière.

Il faut cependant noter que quand le possesseur invoque un

(1) Sauf controverse. — Voir *suprà*.

(2) Cependant, d'après certains auteurs, cette règle ne s'appliquerait que dans le cas où la bonne foi repose sur une erreur de fait. Quand elle résulte d'une erreur de droit, le possesseur devrait faire la preuve de son erreur, parce que, jusqu'à preuve contraire, nul n'est censé ignorer la loi. — En ce sens, Aubry et Rau, II, § 206.

titre putatif, il doit établir qu'il avait des raisons plausibles pour croire à l'existence d'un titre en sa faveur.

A quel moment doit exister la bonne foi? — Il ne suffit pas que la bonne foi ait existé au moment de la prise de possession de l'immeuble, il faut qu'elle persiste pendant toute la durée de la possession. Dès que le possesseur a connaissance, de quelque façon que ce soit, des vices de son titre. il cesse d'être de bonne foi et il ne fait plus les fruits siens (art. 550, § 2). Dès ce moment, en effet. il doit s'attendre à être évincé par le véritable propriétaire et il doit se mettre en mesure de restituer les fruits.

Il en est autrement en matière d usucapion de dix à vingt ans, comme nous le dirons plus loin. L'usucapion opérant rétroactivement au jour de la prise de possession, comme si l'acquisition avait été régulière et définitive à ce moment. on se reporte à ce moment pour apprécier si les conditions de l'usucapion sont réunies. Il suffit donc que la bonne foi existe à l'origine: *mala fides interveniens non nocet...*

Des règles de l'acquisition des fruits. — *Quels fruits acquiert le possesseur de bonne foi?* — Le possesseur de bonne foi fait siens tous les fruits proprement dits, sans distinction. qu'ils soient naturels, industriels ou civils (1). Mais il n'acquiert pas les produits, tels qu'un trésor. ou les produits d'une carrière non exploitée au moment de la prise de possession, ou d'un bois de haute futaie non aménagée.

Comment le possesseur acquiert-il les fruits? — Pour les fruits naturels et industriels, pas de difficulté ; il les acquiert par la perception. Il n'y a de discussion qu'en ce qui concerne les fruits civils.

D'après certains auteurs, ils s'acquerraient jour par jour, et n'appartiendraient au possesseur qu'en proportion de la durée de sa possession. En sorte que s il avait touché un loyer par anticipation et que son droit aux fruits vînt à cesser avant la fin de la période à laquelle correspond ce loyer, il devrait en restituer une partie correspondante au propriétaire qui l'évince.

A l'appui de cette solution, on invoque l'article 586 ; cet article, dit on. quoique placé au chapitre de l'usufruit, contient l'énoncé d'un principe général pour l'acquisition des fruits civils.

L'opinion contraire est préférable ; elle est plus conforme à la

(1) Voir *suprà*, la distinction des fruits et des produits, des fruits naturels, industriels et civils.

raison d'être de notre théorie. Si le possesseur n'a pas perçu de fruits civils, il n'y a pas lieu de les lui allouer ; dans le cas contraire, il serait rigoureux de l'obliger à rendre des sommes qu'il a touchées et dont il pensait être libre de disposer (1).

Moment à partir duquel le possesseur, même de bonne foi est tenu à la restitution des fruits — Le possesseur est obligé de restituer les fruits à partir de la demande en justice qui est intentée contre lui par le véritable propriétaire. On justifie quelquefois cette solution en disant qu'à partir de ce moment le possesseur cesse d'être de bonne foi. Cette explication n'est pas exacte. Le possesseur peut, en effet, persister à croire régulier le titre en vertu duquel il détient l'immeuble, malgré le procès qui lui est intenté. Si, cependant, il doit restituer les fruits dès la demande en justice, c'est que le jugement qui reconnaîtra plus tard le bien-fondé de la prétention du demandeur a un caractère déclaratif il rétroagit donc dans ses effets au jour de la demande. Tout se passe comme si le jugement était rendu à ce moment. Solution à la fois logique et équitable, puisque de cette façon, le demandeur n'a pas à souffrir des lenteurs de la justice.

Condition du possesseur de mauvaise foi. — Il doit restituer non seulement les fruits qu'il a perçus, mais encore ceux qu'il a négligés de percevoir par sa faute, de façon à indemniser complètement le véritable propriétaire de sa privation momentanée de jouissance.

§ 2. — De la règle : « En fait de meubles, possession vaut titre » (art. 2279, C. civ.).

I. De la règle en elle-même. — *Sens de la règle.* — « En fait de meubles, possession vaut titre ». Cela veut dire que pour les meubles, la possession est un titre de propriété ; le possesseur est présumé par la loi être propriétaire du meuble qu'il possède, et cette présomption est irréfragable, aucune preuve contraire n'est recevable contre elle.

(1) On peut ajouter que l'article 549 corrobore cette interprétation. En disant que le possesseur de mauvaise foi est tenu de *rendre* les fruits, il suppose des fruits perçus par lui. Ce sont ces fruits que peut *garder* le propriétaire de bonne foi. D'autre part, l'article 138 dans un cas particulier de possession de bonne foi donne au possesseur le droit de garder « les fruits par lui *perçus* de bonne foi » sans distinguer entre les fruits naturels et civils.

Portée pratique de la règle. — La conséquence pratique qui en résulte est que la revendication n'est pas possible en matière mobilière. Cela est évident : puisque le possesseur du meuble a la preuve faite d'avance qu'il est propriétaire, en raison du fait seul de sa possession et sans qu'on puisse tenter la preuve du contraire.

Exemple. — Ainsi, vous prêtez une bicyclette à un ami pour se promener au bois ; cet ami, trompant votre confiance, vend cette bicyclette à un tiers de bonne foi. Vous ne pourrez pas revendiquer la machine entre les mains de ce tiers ; il est couvert par notre règle « en fait de meubles, possession vaut titre ». Vous n'aurez d autre ressource que d'agir en indemnité contre votre ami, et au besoin de le faire condamner par le tribunal correctionnel pour délit d'abus de confiance (art. 408, C. pén.).

Nature juridique de la règle. — D'après certains auteurs (1), il faudrait voir, dans la règle de l'article 2279, § 1, l'établissement d'une prescription instantanée en matière mobilière.

Cette explication théorique ne doit pas être admise. Nous verrons plus loin que la prescription, suivant définition même de l'article 2219, est un moyen d'acquérir par *un certain laps de temps*. On ne peut donc pas parler de *prescription instantanée* ; ces deux mots *prescription instantanée* jurent d'être ensemble, puisque l'un veut dire « laps de temps » et l'autre « absence de temps ».

Il est plus rationnel de considérer que l'article 2279 a établi une présomption irréfragable de propriété basée sur la possession. La possession est pour les meubles une présomption irréfragable de propriété, voilà comment on pourrait traduire la formule de cet article.

Justification de la règle. — La règle de l'article 2279 se justifie par des considérations pratiques d'un caractère impérieux.

Il n'est pas d'usage dans la pratique de dresser des écrits pour constater le transfert de propriété des objets mobiliers ; ce transfert s'effectue par la remise de l'objet de la main à la main, sans aucune formalité d'écriture ; en sorte qu'on n'a jamais d'autre titre de son droit de propriété que la possession même qu'on exerce sur la chose.

Cette règle est d'ailleurs indispensable à la sécurité des transactions commerciales. En effet, vous achetez une montre chez un

(1) Notamment Demolombe, IX, n° 622 ; Marcadé sur les articles 2279 et 2280, n° 1. — Dans le sens du texte, Aubry, et Rau, II, n° 183 et note 3.

horloger, l'en croyant véritable propriétaire puisqu'il la possède. Si vous pouviez être plus tard actionné en revendication de cette montre par un tiers qui soutiendrait que cette montre lui appartient et qu'il l'avait simplement prêtée au marchand, ou déposée entre ses mains, vous hésiteriez à acheter un objet quelconque chez n'importe quel marchand, et le commerce serait ainsi rendu impossible.

Origine historique de la règle (1). — Cette règle ne vient pas du droit romain. Bien au contraire, à Rome, l'usucapion s'appliquait aux meubles, et tant qu'elle n'était pas accomplie, — c'est-à-dire pendant un an à l'époque classique, trois ans sous Justinien, — la revendication pouvait être intentée contre le possesseur par le véritable propriétaire.

Notre règle remonte aux coutumes germaniques ; d'après ces coutumes, celui qui s'était dessaisi volontairement d'un objet mobilier n'avait pas le droit de le revendiquer contre les tiers possesseurs ; il avait seulement une action personnelle en restitution contre celui à qui il l'avait confié.

Cette solution passa dans notre droit coutumier et fut observée pendant tout le XIII[e] siècle. On disait : « *Mobilia non habent sequelam* », meubles n'ont pas de suite.

Mais à partir du XVI[e] siècle, sous l'influence des études de droit romain, une lutte s'établit entre le système romain et la règle du droit germanique. Le droit romain finit par l'emporter au XVI[e] siècle, et dans la plupart des coutumes, le droit de suite fut accordé au propriétaire de meubles. Mais on le refusa toujours au créancier hypothécaire. La formule fut en conséquence modifiée de la façon suivante : « Meubles n'ont pas de suite... *par hypothèque* ».

Les inconvénients de la revendication ne tardèrent pas à se faire sentir dans la pratique, d'autant plus que, la plupart des coutumes étant muettes sur la durée de la prescription des meubles, on autorisait la revendication pendant trente ans. On commença d'abord par limiter la faculté de revendication à trois années ; on finit par la supprimer complètement toutes les fois que le propriétaire s'était dessaisi volontairement de son meuble. C'était le retour pur et simple à la doctrine du XIII[e] siècle. La formule seule était différente. On ne disait plus « meubles n'ont

(1) Consulter à cet égard, Jobbé-Duval, *Etudes historiques sur la revendication des meubles* ; Aubry et Rau, § 183 et note 2 ; Planiol, I, n[os] 1175 et suiv.

pas de suite (1) », mais « en fait de meubles, possession vaut titre ». Ce revirement était un fait accompli dans la première moitié du XVIII[e] siècle, ainsi qu'en témoigne à cette époque la jurisprudence du Châtelet de Paris.

II. Conditions d'application de la règle — *Enumération.* — Trois conditions sont nécessaires pour l'application de l'article 2279 :

1° Il faut qu'il s'agisse de meubles corporels ;

2° Il faut avoir la possession proprement dite ;

3° Il faut que le possesseur soit de bonne foi.

1[re] *Condition : Meubles corporels.* — Notre règle ne s'applique qu'aux meubles corporels, parce que ce sont les seuls qu'il est d'usage de se transmettre de la main à la main sans rédaction d'un écrit. L'article 2279 reste au contraire étranger aux meubles incorporels, c'est-à-dire aux créances, telles que les créances civiles (2) et les créances constatées par un titre à ordre ou par un titre nominatif (3).

Il est cependant toute une catégorie de meubles incorporels qu'il y a lieu d'assimiler à cet égard aux meubles corporels, ce sont les titres au porteur. Se transmettant, comme les meubles corporels, par simple tradition et sans aucune formalité d'écriture ; on leur applique la règle de l article 2279. On exprime souvent ce résultat en disant que les créances constatées par les titres au porteur sont identifiées avec le titre et par là même matérialisées.

2[e] *Condition : Possession proprement dite.* — Pour se prévaloir de la règle de l'article 2279 il faut avoir la possession proprement dite ; il ne suffirait pas d'être simple détenteur.

Ainsi, le dépositaire, le mandataire, le locataire ne pourraient l'invoquer.

3[e] *Condition : Bonne foi.* — Il faut enfin que le possesseur soit de bonne foi, c'est à-dire qu'il ait la croyance d'être véritable pro-

(1) On attribue souvent à Bourjon, l'auteur du *Droit commun de la France*, paru en 1747, le mérite de cette formule ; mais, d'après les travaux les plus autorisés sur la question, il se serait borné à reproduire une formule qui avait cours à son époque — Dans ce sens. Planiol. I, n° 1187.

(2) Nous verrons plus tard que la cession-transport de ces créances exige soit l'acceptation du débiteur cédé dans un acte authentique, soit la notification de la cession au débiteur cédé (art. 1690).

(3) Le titre à ordre se transmet par une mention mise au dos du titre qu'on appelle endossement. Quant au titre nominatif, il exige la formalité du *transfert* qui consiste dans une mention de la cession sur les registres de la société (Consultez à cet égard notre synthèse de droit, p. 293).

priétaire. Comme toujours, la bonne foi se présume ; c'est à celui qui la met en doute à faire la preuve du contraire.

Cette troisième condition ne s'induit pas des termes mêmes de l'article 2279 (1). Mais elle est formellement exigée par la loi dans l'article 1141 ; or, nous disons plus loin que ce dernier article n'est que l'application de la règle posée par l article 2279. D'ailleurs, cette solution est tout à fait conforme à l esprit de la loi qui a eu pour but de protéger le possesseur de bonne foi contre les dangers de la revendication et non pas de favoriser la spoliation du véritable propriétaire.

Il suit de là que le voleur ou l'inventeur (2), qui sont des possesseurs de mauvaise foi, ne peuvent pas invoquer l'article 2279. Contre eux, la revendication est possible pendant trente ans

Inutilité de toute autre condition. — On demande quelquefois si, pour invoquer la règle de l'article 2279, il n'est pas nécessaire de produire un juste titre, comme cela est indispensable, nous le verrons, pour la prescription de dix à vingt ans. La réponse négative est évidente ; elle résulte logiquement de tout ce qui précède, En fait de meubles, la possession vaut titre : on n'a pas à en invoquer d'autre. Exiger un titre écrit serait détruire la règle même posée par notre article.

III. Des exceptions à la règle. — *Enoncé.* — Il y a exception à la règle de l'article 2279, dans deux cas :

1° Au cas de vol ;

2° Au cas de perte.

Dans ces deux cas, le propriétaire qui a perdu ou auquel il a été volé une chose peut la revendiquer, pendant trois ans à compter du jour de la perte ou du vol, contre celui dans les mains duquel il la trouve, même s'il est un acquéreur de bonne foi : sauf son recours contre celui duquel il la tient (art. 2279, § 2).

Justification des exceptions — Leur origine historique — Ces deux exceptions se justifient aisément ; au cas de perte ou de vol, le propriétaire n'a commis aucune imprudence ; il a été victime d'un événement malheureux, on n'a rien à lui reprocher, tandis qu'on peut reprocher à l acquéreur d'avoir acheté au premier venu le meuble dont il s'agit sans se renseigner sur sa provenance.

(1) D'après certains auteurs, l'action qui peut être exercée par le véritable propriétaire contre le possesseur de mauvaise foi du meuble n'est pas l'action en revendication, mais une action personnelle en restitution ayant pour base un délii civil (Aubry et Rau, II, § 183 et note 29).

(2) C'est-à-dire celui qui a trouvé un objet, de « invenire », trouver.

D'ailleurs ces deux exceptions n'ont pas été inventées par les rédacteurs du Code. Elles étaient admises par le droit germanique ; et elles le furent également par notre ancien droit coutumier au XVIII[e] siècle, lorsque la revendication des meubles fut de nouveau interdite en principe.

Tempérament à la revendication. — Acquisition en foire ou chez un marchand. — Si le possesseur actuel de la chose volée ou perdue l'a achetée dans une foire, ou dans un marché, ou d'un marchand vendant des choses pareilles, la revendication est toujours possible, mais à une condition : c'est que le propriétaire originaire rembourse au possesseur le prix qu'elle lui a coûté (art. 2280, § 1[er]).

Solution équitable. En pareil cas, en effet, on ne peut pas reprocher sérieusement à l'acquéreur de ne s'être pas préoccupé de savoir, avant d'acheter, si son vendeur ne serait pas en possession du meuble par suite d'un vol ou d'une trouvaille. Il ne serait pas juste qu'il fût exposé à perdre le prix qu'il a payé. Le revendiquant devra le lui rembourser s'il tient à ravoir sa chose.

L'exception ne doit pas être étendue au cas d'abus de confiance. — L'exception établie par la loi pour le cas de vol de meubles ne doit pas être étendue au cas d'abus de confiance. L'abus de confiance suppose le détournement frauduleux d'une chose par une personne à qui le propriétaire l'avait confiée, par exemple, au cas de dépôt, de commodat ou prêt à usage et de location, tandis que le vol est la soustraction frauduleuse d'une chose à son propriétaire, en d'autres termes, le fait d'enlever la possession d'une chose au propriétaire contre son gré.

Il ne faut pas étendre du vol à l'abus de confiance l'exception de l'article 2279, § 1[er], pour plusieurs raisons :

a) D'abord, cet article, en raison de son caractère exceptionnel, doit être interprété restrictivement ; or il parle du vol et non de l'abus de confiance ;

b) La situation du propriétaire est différente dans les deux cas. Au cas d'abus de confiance, le propriétaire du meuble s'est dessaisi volontairement ; on peut lui reprocher d'avoir commis une imprudence en plaçant mal sa confiance ; tandis qu'on ne peut pas lui faire un semblable reproche au cas de vol. On comprend dès lors qu'il soit traité avec plus de faveur dans ce second cas que dans le premier.

c) Enfin, la meilleure raison pour écarter la revendication au cas d'abus de confiance, c'est que la règle de l'article 2279 a été posée, surtout en vue de cette hypothèse, et que, si on l'écartait,

même dans ce cas, on en ferait une lettre morte : les exceptions détruiraient le principe.

Particularités des titres au porteur perdus ou volés. — Des règles particulières ont été établies pour protéger les propriétaires des titres au porteur contre les vols ou les pertes dont ils peuvent être victimes. Elles ont été établies par la loi du 15 juin 1872, dont les dispositions ont été modifiées par la loi du 8 février 1902.

§ 3. — Des actions possessoires.

Définition. — L'action possessoire est une action qu'intente en justice le possesseur d'un immeuble pour faire cesser le trouble apporté à sa possession ou à l'exercice d'un droit réel, ou pour se faire réintégrer dans la possession d'un immeuble dont il a été violemment expulsé.

On oppose à l'action pétitoire qui est celle par laquelle une personne qui se prétend véritable propriétaire d'un immeuble ou qui prétend être titulaire d'un droit réel d'usufruit, d'usage, etc., veut faire reconnaître en justice son droit qui a été méconnu ou violé.

Cette distinction est propre aux immeubles : elle est étrangère aux meubles, pour lesquels, nous l'avons vu dans le paragraphe précédent, la propriété et la possession se confondent, en raison de la règle de l'article 2279.

Des diverses actions possessoires. — On distingue trois sortes d'actions possessoires : la complainte, la dénonciation de nouvel œuvre, et la réintégrande.

La *complainte* est l'action exercée par le possesseur troublé dans sa possession de l'immeuble, pour faire cesser le trouble dont il est victime.

Exemple : mon voisin pratique dans sa maison une ouverture, donnant sur ma propriété, à une distance moindre que la distance permise par la loi. Ce fait trouble ma possession ; je puis l'assigner devant le juge de paix, pour l'obliger à fermer ladite ouverture.

La *dénonciation de nouvel œuvre* est l'action qui tend à faire ordonner la suspension de travaux qui, une fois achevés, causeraient un trouble à la possession du demandeur.

Exemple : Primus a une servitude de passage sur le fonds de Secundus. Celui-ci élève sur son fonds une construction qui, une fois terminée, mettra obstacle à l'exercice de la servitude. Pour

empêcher ce résultat, Primus prendra les devants et fera la dénonciation de nouvel œuvre.

La *réintégrande* est l'action par laquelle le possesseur, expulsé violemment de l'immeuble qu'il détenait, tend à se faire réintégrer dans cet immeuble.

A la différence des deux premières actions, qui ne peuvent être exercées que par le possesseur proprement dit, la réintégrande appartient même au détenteur précaire, tel qu'un fermier ou un locataire.

Vᵉ SECTION. — DES DIFFÉRENTES MANIÈRES D'ACQUÉRIR LA PROPRIÉTÉ

Enumération des modes d'acquérir. — Les modes d'acquérir la propriété sont (art. 711 à 717) :

1° La succession *ab intestat*, ou légitime ;
2° La succession testamentaire, ou le testament ;
3° La donation entre vifs ;
4° L'effet des conventions ;
5° L'accession ou incorporation ;
6° La prescription ;
7° L'occupation ;
8° L'adjudication ;
9° La loi ;
10° La tradition.

Ces différents modes d'acquérir ne s'appliquent pas seulement à la propriété ; ils s'appliquent aussi pour la plupart aux autres droits réels et même aux droits de créance.

Classification des modes d'acquérir. — Tous ces modes d'acquérir peuvent être rangés en plusieurs groupes en se plaçant à différents points de vue.

1° *Modes d'acquérir à titre onéreux ou à titre gratuit.* — Un mode d'acquérir est à titre onéreux lorsque chaque partie, qui intervient dans l'acte d'acquisition, fournit un équivalent de ce qu'il reçoit. Exemple : la vente, l'échange.

Un mode d'acquérir est à titre gratuit, lorsqu'une partie reçoit une chose, sans rien donner comme équivalent à la partie adverse. Exemple : la donation entre vifs et le legs.

2° *Modes d'acquérir à titre universel et à titre particulier.* — Un mode d'acquérir à titre universel est celui par lequel on acquiert le patrimoine ou une quote-part du patrimoine d'une autre personne ; un mode d'acquérir à titre particulier est celui par lequel on acquiert des objets déterminés, considérés d'une façon individuelle.

Exemple. — La succession est un mode d'acquérir à titre universel ; la vente. un mode d'acquérir à titre particulier.

L'intérêt pratique de cette distinction est le suivant : l'acquéreur à titre universel est tenu au paiement des dettes de son auteur ; il n'en est pas ainsi de l'acquéreur à titre particulier

3° *Modes d'acquérir entre vifs ou après décès.* Un mode d'acquérir est entre vifs lorsque l'acquisition est réalisée du vivant même de celui qui transmet sa propriété à un autre. Un mode d'acquérir est après décès, lorsque l acquisition a lieu seulement à la mort de cette personne.

La succession *ab intestat* et le testament sont les seuls modes d'acquérir après décès ; tous les autres sont entre vifs.

4° *Mode originaire et mode dérivé.* — On entend par mode originaire d'acquérir celui qui nous fait acquérir une chose sans que nous la tenions d'une personne déterminée.

Un mode d'acquérir dérivé est celui qui nous fait acquérir une chose par l'intermédiaire d'une personne qu'on appelle *auteur.*

Un seul mode d acquérir est originaire, l'occupation. Tous les autres sont dérivés.

5° *Modes volontaires et modes non volontaires.* — Un mode d'acquérir est volontaire lorsqu'il procède de la volonté du propriétaire ; il est non volontaire, lorsque le propriétaire est privé de sa chose contre son gré.

Comme mode non volontaire d'acquérir, on peut citer la prescription et l'accession ; tous les autres sont pour la plupart des modes volontaires.

Division de la section V. — Nous diviserons la cinquième section en quatre chapitres :

Chapitre I. La convention.

Chapitre II. Les prescription.

Chapitre III. L'accession.

Chapitre IV. Les autres modes d'acquérir.

Nota. — Il ne sera question dans cette section, ni du testament, ni de la succession *ab intestat,* qui rentrent dans le programme de troisième année.

CHAPITRE I[er]. — LA CONVENTION.

Aperçu général du chapitre. — Les principales conventions qui ont pour but d'aliéner et d'acquérir la propriété sont : la vente l'échange et la donation, entre vifs ; les deux premiers sont à titre, onéreux et le troisième à titre gratuit.

Nous avons à rechercher, dans ce chapitre, comment, à la suite de ces actes, le transfert de propriété se produit de l'aliénateur à l'acquéreur. Pour cela, nous aurons à faire des distinctions et des sous-distinctions essentielles. Tout d'abord, il y a lieu de séparer nettement les rapports des parties entre elles et les rapports des parties avec les tiers. Puis, en se plaçant au point de vue des rapports des parties avec les tiers, il y aura lieu de distinguer successivement, les meubles et les immeubles, et à l'égard des immeubles. nous aurons à sous-distinguer suivant que l'acte est à titre onéreux ou à titre gratuit.

Division du chapitre. — Pour étudier le plus clairement possible et avec tous les développements qu'elle comporte, la question *si importante* du transfert de propriété, nous diviserons le chapitre en cinq paragraphes de la façon suivante :

§ 1[er]. — Du transfert de la propriété dans les rapports des parties contractantes.

§ 2. — Du transfert de la propriétété des meubles dans les rapports des parties contractantes et des tiers.

§ 3. — Du transfert de la propriété des immeubles dans les rapports des parties contractantes et des tiers, à la suite d'un acte à titre onéreux.

§ 4. — Du transfert de la propriété des immeubles dans les rapports des parties contractantes et des tiers, à la suite d'une donation entre vifs.

§ 5. — De l'organisation pratique du régime de la transcription.

§ 1. — Du transfert de la propriété des meubles et des immeubles dans les rapports des parties contractantes.

Historique. — *Droit romain*. — En droit romain, le seul consentement était impuissant pour opérer le transfert de propriété. Vendre et aliéner n'étaient pas deux termes synonymes.

La vente était un contrat n'engendrant que des obligations ; le vendeur était tenu de transférer à l'acheteur tous les droits qu'il pouvait avoir sur la chose vendue ; l'acheteur ne devenait propriétaire que lorsque, en exécution de son obligation, le vendeur lui avait fait, soit *mancipatio*, soit *in jure cessio*, soit tradition de la chose vendue.

Cependant à l'époque classique, la tradition réelle de la chose vendue pouvait être remplacée par une tradition fictive, à l'aide de la clause de *constitut possessoire* insérée dans la vente (1).

Le *constitut possessoire* est une clause par laquelle le vendeur convenait avec l'acheteur que, tout en restant en possession de la chose vendue, il cesserait de posséder pour lui-même et posséderait désormais pour le compte de l'acheteur. Par l'insertion de cette clause dans la vente, la propriété était transférée, sans déplacement matériel de l'objet, par l'effet de deux traditions supposées faites en sens inverse. Le vendeur était censé faire tradition de la chose à son acheteur pour lui en transférer la propriété ; devenu ainsi propriétaire, l'acheteur était censé à son tour faire une tradition au vendeur pour lui remettre la simple détention de la chose vendue au titre de locataire, de dépositaire ou de commodataire.

Ancien droit français. — Comme en droit romain, le simple consentement ne suffit pas pour opérer le transfert de propriété ; la tradition est nécessaire ; mais, comme à l'époque classique, on se contente d'une tradition feinte résultant de l'insertion d'une clause dans le contrat. Cette clause s'appelle encore *constitut possessoire*, ou clause de dessaisine saisine, de deveste veste. Cette clause était devenue, par l'usage qu'on en avait fait dans la pratique, une clause de style, c'est-à-dire qu'elle était insérée de plein droit dans tous les actes de vente.

Innovation du Code civil. — *Enoncé de la règle nouvelle.* — Les rédacteurs du Code ont innové à cet égard sur le droit romain et sur notre ancien droit. Ils décident, en effet, que le seul consentement suffit pour opérer le transfert de propriété ; en sorte que dès le moment où la vente est conclue, le vendeur cesse d'être propriétaire, et c'est l'acheteur qui le devient ; en sorte que vendre et aliéner sont des termes synonymes. Ce que nous disons

(1) Le texte qui contient le principe de cette clause est la loi 18 pr, LXI, II. « *Quod meo nomine possideo, possum alieno nomine possidere : nec enim muto mihi causam possessionis sed desino possidere et alium possessorem ministerio meo facio.* »

de la vente est également vrai de l'échange et de la donation. La règle nouvelle s'applique indistinctement aux meubles et aux immeubles.

Textes qui consacrent cette innovation. — Cette innovation est consacrée par l'article 1138, qui est un texte général relatif aux effets de l'obligation de donner, c'est-à-dire de transférer la propriété.

Elle est affirmée, en matière de donation, par l'article 938 dans les termes suivants : « La donation dûment acceptée sera *parfaite* par le seul consentement des parties ; et la propriété des objets donnés sera transférée au donataire, sans qu'il soit besoin d'autre tradition. »

Enfin, elle est formulée pour la vente dans l'article 1583 : « Elle (la vente) est *parfaite* entre les parties et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé. »

***Remarque sur l'article* 1138. — L'article 1138 est ainsi conçu : « L'obligation de *livrer* est *parfaite* par le seul consentement des parties. », Ce texte contient un terme impropre et un terme ambigu.

Un terme impropre « livrer » ; c'est « donner » que le Code voulait dire ; donner, dans le sens de *dare*, transférer la propriété.

Un terme ambigu « parfaite », également employé dans les articles 938 et 1583 précités. Ce mot veut dire, en général, formé, constitué d'une façon définitive. Ce n'est pas son sens ici ; il signifie « exécuté ».

En sorte qu'il faut traduire ce texte de la façon suivante : « L'obligation de *donner* est *exécutée* par le seul consentement des parties. » — La suite du texte ne laisse d'ailleurs aucun doute sur la pensée du législateur : « Elle *rend le créancier propriétaire* et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée. »

Portée véritable de l'innovation — La réforme du Code sur ce point n'a pas été aussi grande qu'on le dit généralement. Elle a consisté purement et simplement à ne plus exiger l'insertion de la clause de dessaisine saisine dans le contrat et à la sous-entendre dans tous les cas.

Moment précis à partir duquel s'opère le transfert de propriété « inter partes ». — *Énoncé du principe.* — Donc, depuis la rédaction du Code civil et encore aujourd'hui, en règle générale, le transfert de propriété est effectué dans les rapports

des parties dès le moment même où le contrat de vente, d'échange ou de donation est formé, soit pour les meubles, soit pour les immeubles, lorsque le contrat est pur et simple (1).

Exceptions. — Par exception, le transfert de propriété est retardé à une époque ultérieure dans les trois cas suivants :

1° Lorsque le contrat porte non sur un corps certain et déterminé mais sur des choses de genre, par exemple la vente de dix moutons à prendre dans un troupeau, la vente de dix hectolitres de blé, la vente de deux cent mètres carrés de terrain à prendre sur un domaine déterminé.

Dans ce cas, le transfert de propriété n'est effectué qu'à partir du moment où l'objet vendu est spécialisé à la suite de l'opération du comptage, du pesage ou de mesurage. Jusque là l'acheteur n'est que créancier, et pas encore propriétaire de la chose vendue ;

2° Lorsque les parties conviennent de retarder le transfert de propriété à une époque ultérieure. Rien ne s'oppose à la validité d'une semblable clause.

3° Enfin, lorsque le contrat est fait sous une condition suspensive, il ne transfère immédiatement qu'une propriété conditionnelle qui ne deviendra pure et simple qu'à l'arrivée de la condition.

§ 2. — Du transfert de la propriété des meubles dans les rapports des parties contractantes avec les tiers.

Indication de la controverse. — La question est controversée de savoir comment s'opère le transfert de propriété des meubles dans les rapports des parties contractantes avec les tiers.

Exposé de la controverse. — Deux opinions sont en présence :

1re *Opinion : tradition nécessaire* (2). — D'après certains auteurs. le consentement, qui suffit pour opérer le transfert de propriété *inter partes*, serait impuissant pour transférer la propriété à l'égard des tiers. Il faudrait à leur égard la tradition de la chose par l'aliénateur à l'acquéreur.

A l'appui de cette solution, ils invoquent l'article 1141. Cet article suppose le cas d'un objet mobilier vendu successivement par

(1) C'est ainsi qu'il faut interpréter les termes de l'article 1138 « dès l'instant où elle a dû être livrée ». C'est-à-dire dès l'instant où d'après l'intention des parties le transfert de propriété doit être effectué.

(2) Dans ce sens, Toullier, VII, 35 et 36 ; Troplong, I, n° 42.

son véritable propriétaire à deux acquéreurs successifs. Or quelle solution donne-t-il ? il décide que celui-là sera préféré à l'autre et sera considéré comme propriétaire qui aura reçu la possession de l'objet, quand même son acte d'acquisition serait postérieur en date. N'est-ce pas reconnaître formellement que la tradition est nécessaire pour le transfert de propriété des meubles à l'égard des tiers ? S'il en était autrement, si le seul consentement suffisait, des deux acquéreurs successifs, c'est le premier en date qui aurait été préféré à l'autre ; puisqu'il n'en est pas ainsi, c'est que le consentement a été considéré par la loi comme impuissant à réaliser l'acquisition à l'égard des tiers.

2e *Opinion : le consentement suffit.* — L'opinion générale (1) est, au contraire, que le consentement suffit pour opérer le transfert de propriété des meubles même en dehors des rapports des parties contractantes.

Cela résulte formellement de l'article 1138 qui, sans distinguer les parties contractantes et les tiers, déclare que la propriété se transfère *solo consensu*. Aucun article du Code ne vient contredire cette solution en exigeant la formalité de la tradition.

Quant à l'article 1141, c'est à tort qu'on l'a interprété dans ce sens que la tradition est nécessaire pour le transfert de propriété. Cet article n'est que l'application de la règle de l'article 2279 « en fait de meubles, possession vaut titre ». Si des deux acquéreurs successifs du même objet, on préfère le possesseur à l'autre, même si ce dernier a un acte antérieur d'acquisition, c'est parce que le possesseur peut repousser la revendication de ce dernier en invoquant la règle de l'article 2279.

Ce qui prouve jusqu'à l'évidence que telle est bien la portée de l'article 1141, c'est que la loi exige que l'acquéreur mis en possession soit de bonne foi ; c'est que seul le possesseur de bonne foi peut se couvrir de la règle de l'article 2279. Il est, au contraire, impossible d'expliquer cette condition si on interprète l'article 1141 comme le font les partisans de la première opinion. Si la tradition était nécessaire aux termes de ce texte, pour opérer le transfert de propriété des meubles *erga omnes*, celui au profit duquel cette formalité aurait été accomplie serait traité comme ayant acquis la propriété sans qu'il y ait lieu de rechercher s'il est de bonne ou de mauvaise foi. La loi n'aurait pas plus exigé cette condition pour

(1) Dans ce sens, Aubry et Rau, IV ; Planiol, I, n° 1369 ; Cass., 25 juin 1845, S. 46.1.551.

les meubles qu'elle ne l'exigera plus tard, dans la loi du 23 mars 1855, pour les immeubles en matière de transcription.

Intérêt pratique de la précédente discussion. — La discussion que nous venons d'exposer n'offre aucun intérêt pratique lorsqu'un même objet mobilier ayant été vendu successivement à deux acquéreurs successifs, l'un d'eux, de bonne foi, a été mis en possession. La solution nous est, en effet, fournie par l'article 1141 et nous l'avons indiquée plus haut.

Elle offre, au contraire, un grand intérêt, dans le cas où aucun des deux acquéreurs n'ayant été mis en possession et le prix ayant été payé par chacun d'eux, le vendeur tombe en faillite.

Si la tradition est nécessaire pour le transfert de propriété, les deux acquéreurs figureront dans la faillite comme les autres créanciers du failli.

Au contraire, si, comme nous l'avons établi, le seul consentement suffit pour opérer le transfert de propriété, le premier acquéreur en date devra être considéré comme propriétaire, et il aura le droit de revendiquer le meuble à l'encontre de tous les créanciers de la faillite.

Même intérêt pratique et même solution, dans le cas où des deux acquéreurs successifs, celui qui a été mis en possession est de mauvaise foi.

Enfin, la question que nous avons discutée offre un intérêt pratique pour déterminer le sort du privilège du vendeur de meuble au cas où l'acheteur a revendu l'objet à un sous-acquéreur, sans lui faire tradition. Nous nous bornons sur ce dernier point à cette simple indication ; nous retrouverons la question plus tard à propos du privilège du vendeur dans le tome II.

***§ 3. — Du transfert de propriété des immeubles dans les rapports des parties contractantes avec les tiers, à la suite d'un acte à titre onéreux.

Division du paragraphe. — Nous étudierons dans ce paragraphe :

a) L'histoire de la question jusqu'à la loi du 23 mars 1855 ;

b) La réforme réalisée par la loi du 23 mars 1855 et l'état actuel de la législation.

**a) *Histoire de la législation jusqu'à la loi du* 23 *mars* 1855.

Droit romain. — En droit romain, on ne s'était pas préoc-

cupé de l'intérêt que les tiers pouvaient avoir à connaître le transfert de propriété des immeubles.

Aucune formalité particulière de publicité n'était organisée dans ce but En fait, la tradition, la *mancipatio* et la *cessio in jure* comportaient en elles-mêmes une certaine publicité qui était de nature à prévenir les tiers.

Ancien droit français. — Aucune publicité n'est organisée ; la clause de dessaisine saisine ou de devest vest emporte transfert de propriété des immeubles à l'égard des parties comme à l'égard des tiers.

Par exception, dans certaines provinces du Nord qu'on appelait pour cela pays de nantissement, le transfert de propriété des immeubles n'était opéré qu'à la suite d'une investiture du seigneur ou de ses officiers constatée par une inscription sur des registres publics.

Droit intermédiaire. — Loi du 11 brumaire an VII. — Pendant la période intermédiaire, le législateur se rendit compte de la nécessité qu'il y avait à assurer la publicité des actes d'aliénation des immeubles. Ce fut l'objet de la loi du 11 brumaire de l'an VII sur la transcription. Aux termes de cette loi, la propriété des immeubles n'était transférée à l'égard des tiers que par la transcription, c'est-à-dire la copie de l'acte d'aliénation sur les registres du conservateur des hypothèques de l'arrondissement de la situation de l immeuble.

Rédaction du Code civil. — De ce qui précède, il résulte que les rédacteurs du Code civil se trouvèrent placés entre deux systèmes opposés : celui de notre ancien droit, qui ne prescrivait aucune publicité, et celui de la loi du 11 brumaire an VII, qui exigeait la transcription.

Adversaires et partisans de la transcription ne purent pas se mettre d'accord sur la question au titre des obligations ; après avoir admis dans l'article 1138 que le transfert de propriété a lieu *solo consensu* on réserva la question de la transcription pour plus tard. C'est ce qu'atteste l'article 1140. Au titre de la vente, le désaccord persistant, on se borna à affirmer que la propriété est transférée, *solo consensu inter partes*, réservant encore la solution de la question vis-à vis des tiers.

Enfin, au titre des privilèges et hypothèques, un certain article 91, du projet, qui consacrait le principe de la transcription, après de vifs débats dans l'assemblée générale du Conseil d'Etat, fut renvoyé à la section de législation pour en modifier la rédac-

tion. Il n'en revint pas. En sorte que le texte définitif du Code ne contient aucun article rendant obligatoire la transcription pour le transfert de propriété des immeubles à l'égard des tiers.

Système du Code civil — Absence de publicité. — Le silence du Code concernant la transcription des aliénations à titre onéreux des immeubles fut interprété par la jurisprudence dans le sens de l'abandon définitif des principes de la loi de brumaire.

Et on décida que le seul consentement transférait la propriété tant dans les rapports des parties qu'à l'égard des tiers.

Il en résultait que si le même immeuble était vendu frauduleusement à deux acquéreurs successifs, celui-là était préféré à l'autre, au point de vue de la propriété, dont l'acte d'acquisition avait une date certaine antérieure.

Critique du système du Code. — Le système du Code civil était critiquable au point de vue pratique et au point de vue logique.

Au point de vue pratique (1). — L'absence de publicité du transfert de propriété des immeubles et des actes constitutifs des servitudes personnelles et des servitudes réelles exposaient les tiers à des fraudes qu'avec la plus grande prudence ils ne pouvaient éviter.

Ainsi quand on achetait un immeuble, on n'était jamais sûr que la veille le vendeur ne l'avait pas déjà vendu à un autre acquéreur, ou qu'il ne l'avait pas grevé de servitudes personnelles ou de servitudes réelles.

Au point de vue logique. — L'œuvre à laquelle avaient abouti les rédacteurs du Code était quelque peu incohérente sur trois points :

a) Ils avaient organisé avec soin la publicité des actes constitutifs d'hypothèque, en prescrivant la formalité de l'inscription au bureau du conservateur des hypothèques, et en classant les hypothèques entr'elles d'après la date des inscriptions ; mais ils avaient

(1) Au point de vue fiscal, le système du Code avait un autre inconvénient, c'était de priver l'Etat de la perception du droit auquel donne lieu la formalité de la transcription. Pour donner à l'acheteur un intérêt à transcrire, le Code de procédure décida, dans son article 834, que les hypothèques consenties par le précédent propriétaire pourraient être valablement inscrites jusqu'à l'expiration d'un délai de quinzaine depuis la transcription. Cette mesure ne parut pas encore suffisante pour sauvegarder les intérêts du fisc. La loi du 28 avril 1816 (art. 54) décida que le droit de transcription serait perçu au moment de l'enregistrement de l'acte de vente, même si en fait on ne faisait pas transcrire.

oublié de donner à cette publicité une base indispensable en fournissant aux créanciers auxquels des hypothèques sont consenties les moyens d'être renseignés à coup sûr si la personne qui offre de constituer une hypothèque est encore propriétaire de l'immeuble dont il s'agit.

b) En second lieu, tandis qu'aucune publicité n'était exigée pour les aliénations à titre onéreux, les donations entre vifs étaient soumises à la transcription, comme nous l'expliquerons plus loin.

c) Enfin, la transcription de la vente, qui n'était pas nécessaire pour opérer le transfert de propriété, était cependant utile à trois égards :

1° Elle était le mode normal de conservation du privilège du vendeur (art. 2108) ;

2° Elle était la formalité initiale de la purge des hypothèques (art. 2181) ;

3° Elle servait de point de départ pour la prescription des hypothèques, lorsque l'immeuble est entre les mains d'un tiers acquéreur (art. 2180).

Toutes ces solutions pouvaient difficilement se concilier — on le comprendra mieux plus tard en étudiant la matière des hypothèques — avec le défaut de publicité de la vente.

Retour au régime de la loi du 11 brumaire an VII par la loi du 23 mars 1855. — Malgré tout, le système du Code civil est resté en vigueur jusqu'en 1855.

C'est seulement en 1841 que les pouvoirs publics se mirent sérieusement à l'œuvre pour améliorer notre législation sur ce point. Mais on voulut faire grand et reprendre entièrement toute la matière des privilèges et des hypothèques. Les événements politiques entravèrent à plusieurs reprises l'œuvre des réformateurs. On dut abandonner et reprendre successivement le travail, en 1849, en 1850 et en 1851.

Finalement en 1854, de peur de ne jamais faire aboutir la réforme dans son ensemble, on prit le parti sage d'extraire du projet tout ce qui concernait la transcription, réservant pour plus tard le remaniement du régime hypothécaire. C'est ce projet ainsi réduit qui est devenu la loi du 23 mars 1855. Cette loi consacre le retour au régime de la loi de brumaire : *inter partes*, la propriété des immeubles est transférée *solo consensu* ; mais à l'égard des tiers, elle n'est transférée que par l'effet de la transcription.

***b) *Commentaire de la loi du 21 mars 1855. Etat actuel de la législation.*

Economie générale de la loi du 23 mars 1855. — La loi du 23 mars 1855 qui est intitulée « Loi sur la transcription en matière hypothécaire », est certainement la loi la plus importante qui ait été faite, au point de vue du droit privé, depuis la rédaction du Code civil.

On peut ramener l'ensemble des dispositions contenues dans ces deux articles à trois ordres d'idées :

1° Comme la loi du 11 brumaire an VII, elle prescrit la transcription des actes translatifs de propriété et de droits réels susceptibles d'hypothèques (usufruit et emphytéose, art. 1er) ;

2° Allant au delà de la loi de brumaire, elle soumet à la même formalité : les actes constitutifs d'antichrèse, de servitude, d'usage, d'habitation ; ainsi que deux actes que les tiers ont un égal intérêt à connaître : les baux d'une durée de plus de dix-huit ans et les quittances ou cessions d'une somme équivalente à trois années de loyers ou fermage non échus (art. 2) ;

3° Elle règle différentes questions relatives aux hypothèques et aux privilèges : détermination du moment où les inscriptions ne peuvent plus être prises du chef du précédent propriétaire (art. 6); — publicité de l'action en résolution du vendeur d'immeuble (art. 7) ; — publicité de l'hypothèque légale de la femme mariée, du mineur et de l'interdit dans l'année qui suit la dissolution du mariage ou la fin de la tutelle (art. 8) ; — traité de la femme mariée relativement à son hypothèque légale (art. 9).

Deux points à étudier dans ce paragraphe. — Nous ne nous occuperons dans ce paragraphe que de la partie de la loi de 1855 qui se réfère au transfert de propriété des immeubles, et à cet égard nous étudierons les deux points suivants :

Quels actes doivent être transcrits ?

Quelle est la sanction du défaut de transcription ?

I. Quels actes doivent être transcrits ? — Les actes qui doivent être transcrits sont énumérés par l'article 1er de la loi de 1855. Ce sont :

1° *Les actes entre vifs translatifs de propriété immobilière.* — L'acte doit être entre vifs, tels que la vente ou l'échange. Car les actes de transfert après décès, tels que le testament ou la succession *ab intestat* échappent à la formalité de la transcription, par une décision arbitraire et regrettable de la loi de 1855.

D'autre part, il faut que l'acte soit translatif de propriété. Un acte simplement déclaratif tel qu'un partage (art. 883) n'est pas soumis à la transcription. Solution également regrettable ;

2° *Les actes portant renonciation à la propriété.* — Comme une semblable renonciation est toujours faite en faveur d'une personne déterminée, cet acte se confond en définitive avec le précédent ;

3° *Les jugements qui déclarent l'existence d'une convention verbale de la nature ci-dessus exprimée.* — C'est la convention initiale qui seule est translative ; le jugement qui la constate est un acte purement déclaratif ; mais comme la convention est verbale, elle ne peut être transcrite ; dès lors, le législateur ordonne la transcription du jugement.

4° *Tout jugement d'adjudication autre que celui rendu sur licitation au profit d'un cohéritier ou d'un copartageant.* — Le jugement d'adjudication rendu en faveur d'un cohéritier ou d'un copartageant n'a pas besoin d'être transcrit, parce que, comme le partage proprement dit, il est un acte déclaratif aux termes de l'article 883, et non un acte translatif.

II. Sanction du défaut de transcription. — ****Enoncé de la règle.* — La sanction du défaut de transcription est la suivante : l'acheteur ne devient propriétaire à l'égard des tiers qu'à partir de la transcription ; jusque là c'est le vendeur qui est encore propriétaire.

Dès lors, les aliénations que le vendeur consentirait ou les droits réels qu'il constituerait après la vente, mais avant la transcription, seraient valables et opposables à l'acheteur.

****Conditions requises pour être tiers au point de vue de la loi de* 1855. — Le mot tiers a un sens tout à fait précis, tout à fait étroit, dans la loi du 23 mars 1855. Il ne veut pas dire toute personne intéressée. Non. D'après l'article 3 de la loi de 1855, ce sont ceux « qui ont des droits sur l'immeuble et qui les ont conservés en se conformant aux lois ».

De cette formule il résulte que trois conditions sont nécessaires pour avoir la qualité de tiers dans cette loi :

1° Avoir un droit sur l'immeuble ;

2° Etre soumis à une formalité de publicité (inscription ou transcription), pour le conserver ;

3° Avoir accompli cette formalité.

Enumération des personnes qui ont qualité de tiers. — En conséquence, on doit considérer comme tiers :

1° Un second acquéreur de l'immeuble, qui fait transcrire.

D'où il suit que depuis 1855, entre deux acquéreurs d'un même immeuble, celui là sera préféré à l'autre non pas dont l acte d'acquisition est antérieur en date, comme sous l'empire du Code civil ; mais dont l'acte d'acquisition a été transcrit le premier. Et cela, quand même au moment où il a acheté ou transcrit, le second acquéreur eût la connaissance, en fait, de l'acquisition précédente non transcrite (1) ;

2° Un créancier hypothécaire qui a inscrit son hypothèque.

En sorte que si, postérieurement à la vente et avant la transcription par l'acheteur, le vendeur consent une hypothèque, l'hypothèque serait opposable à l'acheteur dans le cas où le créancier l'inscrirait avant que l'acheteur ne fasse transcrire ; sous réserve de l'action en dommages-intérêts qu'il aurait le droit d'exercer contre son vendeur ;

3° Les titulaires de droits réels, usufruit, emphytéose, servitude, usage, habitation, antichrèse, ainsi que le bénéficiaire d'une cession ou d'une quittance de loyers pour trois années ou plus, s'ils avaient opéré la transcription avant que l'acheteur n'eût fait lui-même transcrire la vente.

Personnes qui ne sont pas des tiers. — Au contraire, ne sont pas des tiers, et ne peuvent pas se prévaloir du défaut de transcription :

1° Le vendeur et ses héritiers ;

2° L'acheteur et ses héritiers ;

3° Les créanciers purement chirographaires du vendeur.

Ces derniers ne sont pas tiers ; car ils n'ont pas un droit sur l'immeuble, mais contre le propriétaire de l'immeuble, et ils n'ont aucune formalité de publicité à remplir pour sauvegarder leur droit ;

4° Un légataire à titre particulier auquel le vendeur aurait légué l'immeuble vendu. Car il n'est soumis à aucune formalité de publicité pour conserver son droit.

(1) Sous réserve de l'action en dommages-intérêts que le premier acquéreur pourrait intenter contre lui, en vertu de l'article 1382 pour complicité de fraude. — Comparer ce que nous avons dit plus haut sur l'article 1141.

§ 4. — Du transfert de la propriété des immeubles dans les rapports des parties contractantes et des tiers à la suite d'une donation entre vifs.

Transcription de l'acte de donation exigée par le Code civil. — Tandis que, sous l'empire du Code civil, la vente d'un immeuble opérait le tranfert de propriété même à l'égard des tiers, en ce qui concernait les donations dimmeubles, la propriété n'était acquise au donataire à l'égard des tiers qu'à partir de la transcription de l'acte de donation sur les registres du conservateur des hypothèques.

Cette solution résultait formellement des articles 939 et suivants du Code civil.

Explication historique. — *Ancien droit français*. — Dans le but de restreindre les donations et dans l'intérêt de la conservation des biens dans les familles, l'ordonnance de Villers-Cotterets, en 1539, soumit toutes les donations mobilières et immobilières à la formalité de l'insinuation qui consistait dans leur enregistrement dans les cours de justice. On espérait que la publicité donnée ainsi à la donation en restreindrait le nombre et l'importance. Cette formalité n'était pas exigée *inter partes*, mais à l'égard des tiers. Elle fut maintenue par l'ordonnance de 1731.

Période intermédiaire. — L'insinuation fut conservée pour les meubles, comme pour les immeubles ; en sorte que, depuis la loi du 11 brumaire de l'an VII, les donations d'immeubles étaient soumises à double formalité, l'ancienne insinuation et la transcription.

Rédaction du Code civil. — Que firent les rédacteurs du Code ? Ils supprimèrent l'insinuation. Mais, en ce qui concerne les immeubles, ils maintinrent la transcription qui emprunta certaines de ses règles à l'insinuation. On peut dès lors expliquer — sinon justifier — l'anomalie du Code civil exigeant la transcription pour le transfert de propriété dans les donations et le rejetant dans les actes à titre onéreux. Exiger l'accomplissement de formalités de publicité pour les actes à titre onéreux, c'eût été rompre avec la tradition de notre ancien droit ; c'était, au contraire, s'y montrer fidèle que de subordonner l'effet des donations d'immeubles à des mesures de publicité dans l'intérêt des tiers.

Sanction du défaut de transcription en matière de donation immobilière. — *Enoncé de la règle*. — La sanction du

défaut de transcription est que le donataire ne devient propriétaire à l'égard des tiers qu'à partir de la transcription ; jusque-là, c'est le donateur qui reste propriétaire (art. 939). A cet égard, il n'y a aucune différence avec le régime de la loi du 11 brumaire an VII et avec la loi du 23 mars 1855. Mais entre les deux systèmes de législation, une différence profonde existe au point de vue du sens du mot tiers.

****Condition requise pour être tiers d'après les articles* 939 *et* 941. — Le mot tiers n'a pas, en matière de donation immobilière, le sens étroit et précis qu'il a dans la loi de 1855.

Est tiers, d'après l'article 941, toute personne ayant intérêt, excepté toutefois celles qui sont chargées de faire faire la transcription ou leurs ayants cause et le donateur.

****Enumération des personnes qui ont la qualité de tiers.* — Il suit de là que toutes les personnes qui sont tiers d'après la loi de 1852 sont également tiers en matière de donation ; mais, en outre, les créanciers chirographaires du donateur, et le légataire à titre particulier sont tiers et peuvent se prévaloir du défaut de transcription, parce qu'ils ont intérêt : tandis qu'ils ne sont pas tiers, d'après la loi de 1855, parce qu'ils n'ont pas de droit sur l'immeuble vendu, ou qu'ils ne sont pas soumis à des formalités de publicité pour la sauvegarde de leur droit.

Personnes qui ne sont pas tiers. — Ne sont pas tiers et ne peuvent pas invoquer le défaut de transcription :

1° Le donateur ;

2° Le donataire et ses héritiers ;

3° Ceux qui sont tenus de faire faire la transcription (le mari pour la femme, le tuteur pour le mineur ou pour l'interdit) et leurs ayants cause.

Que décider des héritiers du donateur ? — L'opinion générale est qu'ils ne peuvent pas se prévaloir du défaut de transcription, et cela parce que les héritiers n'ont pas plus de droit que leur auteur. Et cependant, la solution contraire serait plus conforme à la tradition historique qui accordait formellement à ces héritiers le droit d'invoquer le défaut d'inscription (art. 27, ordonnance de 1731).

Maintien en vigueur des articles 939 et 941 par la loi de 1855. — Depuis la loi du 23 mars 1855, la dualité de règles qui existait sous l'empire du Code civil pour les donations et les aliénations à titre onéreux d'immeubles a disparu : l'unité a été

rétablie, puisque les actes à titre onéreux sont désormais soumis à la transcription.

Et cependant cette unité n'est pas absolue. En effet, l'article 11 de la loi de 1855, déclare *in fine* qu'il n'est pas dérogé aux dispositions du Code Napoléon relatives à la transcription des donations. Il suit de là que, encore aujourd'hui il y a cette différence entre les deux catégories d'actes, que le mot tiers doit être entendu différemment dans les deux cas.

Le créancier chirographaire et le légataire particulier sont toujours des tiers, en matière de donation ; ils ne sont pas tiers en matière de vente ou d'échange.

§ 5. — De l'organisation pratique du régime de la transcription.

Système français de la conservation des hypothèques. — Dans l'état actuel de notre législation, la publicité des droits réels immobiliers est assurée par des registres qui sont tenus, dans chaque arrondissement, par un fonctionnaire de l'ordre administratif, relevant du ministère des finances, le conservateur des hypothèques.

Il existe trois registres : le registre de transcription, le registre des inscriptions et le registre des transcriptions de saisies immobilières.

La transcription consiste à copier *in extenso* les actes juridiques que le Code civil et la loi de 1855 ont soumis à l'accomplissement de cette formalité.

Elle diffère matériellement de l'inscription des privilèges et hypothèques, qui ne comporte pas la copie de l'acte constitutif d'hypothèque, mais d'un extrait ou bordereau contenant des mentions essentielles.

Sur les trois registres, les actes ou bordereaux se suivent d'après la date du dépôt à la conservation des hypothèques. Pour faciliter les recherches, à chacun de ces registres est joint un répertoire alphabétique des noms des propriétaires d'immeubles.

Publicité personnelle et non réelle, relative et non absolue. — Il en résulte que les registres du conservateur, au lieu de présenter des comptes ouverts à chaque immeuble et faisant connaître sa condition juridique exacte, sont des comptes ouverts au nom de chaque propriétaire. La publicité est personnelle et non réelle.

D'où, dans la pratique, de grands inconvénients :

a) Si on ne connaît pas le nom du propriétaire actuel ou tout au moins de l'un des précédents propriétaires d'un immeuble, on ne pourra se procurer aucun renseignement concernant cet immeuble auprès du conservateur des hypothèques.

b) Si on connaît le nom du détenteur actuel de l'immeuble, le conservateur ne pourra pas vous apprendre s'il est bien le propriétaire de cet immeuble et si l'immeuble est grevé d'hypothèques ; il vous dira seulement s'il existe une transcription ou des inscriptions au nom de ce propriétaire.

La publicité que procure le registre du conservateur des hypothèques est donc une publicité purement relative et non absolue. Elle vous permet de connaître si tel propriétaire a grevé l'immeuble d'hypothèques ou d autres charges réelles, mais non pas dans quelle mesure l'immeuble lui-même est grevé. En sorte qu'il suffit qu'on ait omis de faire connaître au conservateur le nom d'un des propriétaires antérieurs de l'immeuble et de lui demander en son nom, la délivrance d'un état d'inscription, pour qu'on soit exposé à voir surgir inopinément une inscription que le conservateur, très régulièrement, sans engager sa responsabilité, n'avait pas été mis à même de vous signaler.

Système des livres fonciers en Prusse, d'après la loi de 1872. — Le système des livres fonciers est le contre-pied du système français. Le livre foncier ou *grundbuch* est un registre où se trouve décrit l'état juridique des propriétés foncières

Le livre territorial ou *flurbuch* complète en quelque sorte le livre foncier, c'est le plan parcellaire de toutes les propriétés. Le titre de chaque feuillet du livre foncier y renvoie pour la description de l'immeuble. Les deux administrations de la conservation des livres fonciers et du cadastre fonctionnent dans des ressorts identiques et se prêtent un naturel appui pour établir une concordance complète entre le *flurbuch* et le *grundbuch*.

Supériorité du système. — La supériorité d'un pareil système est évidente. Les recherches sont plus rapides : un coup d œil sur une page du registre suffit au lieu de compulser une quantité de registres, et de lire la teneur d'actes souvent très longs comme en France.

De plus, la publicité obtenue par le livre foncier est une publicité réelle et non personnelle, absolue et non relative.

Du principe de légalité. — La sécurité qui procure aux tiers la tenue des livres fonciers est encore renforcée par le principe de lé-

galité. On entend par là le pouvoir de contrôle qui appartient au *grundbuchrieter* sur toutes les inscriptions à faire sur le livre foncier.

Il n'est pas, comme notre conservateur des hypothèques, un administrateur, mais un juge ; dès lors, il doit, avant d'admettre les demandes d'inscription, examiner si elles sont régulières, si l'aliénateur est bien propriétaire, s'il est capable d'aliéner et si, de son côté, l'acquéreur a la capacité d'acquérir.

Il en résulte une conséquence essentielle. C'est que le *grundbuch* a une force probante absolue. « Celui qui y est inscrit comme propriétaire est par là même propriétaire à l'égard des tiers, et quiconque contracte avec lui, sur la foi du livre, est à l'abri de toute éviction » (1).

Système australien de l' « Act Torrens ». — On entend par système de l' « Act Torrens » un système de réglementation des propriétés foncières qui a été établi en Australie, en 1858, sur la proposition d'un député, sir Robert Torrens, par une loi du Parlement australien, connue sous le nom de Real property act.

Points communs avec le système prussien de 1872. — Le système de l' « Act Torrens » ressemble au système prussien à deux points de vue :

1° Les registres sont tenus au nom des terres et non des personnes.

2° Le conservateur de ces registres, *general Registrar*, est un juge et le principe de légalité s'applique.

Particularités du système Torrens. — Le système Torrens présente cependant quelques particularités qui le différencient du système prussien :

1° Toutes les terres n'y sont pas soumises. Ce régime s'applique de plein droit aux terres publiques vendues par l'Etat aux particuliers. Quant aux autres biens, ils n'y sont soumis que si le propriétaire a fait immatriculer son immeuble par le registrar général. Au moment de cette immatriculation, le registrar général procède à l'examen de la régularité du titre ; et des mesures de publicité sont employées pour provoquer les oppositions des tiers intéressés à la demande d'immatriculation. L'effet de l'immatriculation est de rendre inattaquable le droit de propriété de celui qui l'a obtenue ;

2° Un certificat de titre identique au registre est délivré au propriétaire ; il porte la description de l'immeuble avec l'indication

(1) Paul Gide; *Annuaire de législation étrangère*, 1873, p. 208 et suiv.

de toutes ses charges. Si le propriétaire veut vendre son bien, il se procure dans le commerce une formule toute imprimée dont il remplit les blancs, et l'adresse avec son titre de propriété au registrar général. Celui-ci, après les vérifications légales, mentionne l'aliénation sur le registre et délivre un nouveau titre à l'acquéreur en annulant celui du vendeur.

Projets de réforme en France. — Le gouvernement français s'est rendu compte de l'avantage considérable qu'il y aurait d'adopter en France le système de la publicité réelle par l'établissement des livres fonciers.

En 1891, une commission extra-parlementaire du cadastre a été instituée dans ce but.

Des rapports ont été publiés et des projets de loi ont été élaborés sur la question ; mais il est à craindre qu'on n'aboutisse à aucun résultat pratique en raison de la dépense considérable que la réforme imposerait à l'Etat et aux communes.

CHAPITRE II. — LA PRESCRIPTION ACQUISITIVE OU USUCAPION

Notions préliminaires.

Définition. — La prescription est définie par la loi un moyen d'acquérir ou de se libérer par un certain laps de temps et sous les conditions déterminées par la loi (art. 2219).

Cette matière forme l'objet du titre vingtième et dernier du livre III du Code civil, de l'article 2219 à l'article 2281 et dernier de ce Code.

Deux sortes de prescription. — Il résulte de la définition que nous venons de donner, qu'il existe deux sortes de prescription : la prescription acquisitive ou usucapion, et la prescription extinctive ou libératoire.

Comparaison entre les deux prescriptions. — *Divers points de vue.* — Entre les deux prescriptions, il existe des différences essentielles : au point de vue du caractère, du fondement rationnel, des conditions et des effets (1) :

a) *Au point de vue du caractère* — L'usucapion est plutôt un moyen de faire produire effet à une acquisition viciée dans son principe, ou simplement présumée, qu'un moyen d'acquérir à

(1) Consulter, sur tous ces points, Aubry et Rau, II, § 210.

proprement parler. Sans doute, il peut arriver qu'elle aboutisse à faire acquérir à quelqu'un la propriété d'un immeuble, sans titre, et par le seul fait de la possession. Mais ce n'est pas en vue de ce résultat accidentel que cette distinction a été établie. Quant à la prescription extinctive. c'est un moyen de repousser une action relative à un droit que son titulaire a négligé de faire valoir pendant un temps trop long.

b) *Au point de vue du fondement rationnel.* — L'usucapion a pour but de consolider le droit de propriété en rendant non seulement facile, mais possible, la preuve de ce droit. Si la prescription n'existait pas, celui qui voudrait démontrer son droit de propriété devrait établir qu'il tient l'immeuble du véritable propriétaire ; mais pour démontrer que son auteur était légitime propriétaire, il faudrait qu'il remontât à son propre auteur, et ainsi, suivre toute la filière des acquéreurs successifs jusqu'au premier occupant. Grâce à l'usucapion, au contraire, la preuve de la propriété est toute simple. Il suffit qu'on démontre que vous avez possédé, ou que votre auteur a possédé l'immeuble pendant le temps requis par la loi. La prescription extinctive est établie en vue d'écarter les réclamations qui, différées pendant trop longtemps, pourraient apporter des perturbations regrettables dans les fortunes privées au détriment des individus et des familles (1).

c) *Au point de vue des conditions.* — A cet égard, une différence essentielle existe entre les deux prescriptions. L'usucapion implique comme condition essentielle la possession. Au contraire, la prescription extinctive n'exige, en général, d'autre condition que la négligence du titulaire du droit.

d) *Au point de vue des effets.* — L'usucapion procure à celui qui peut s'en prévaloir une action et une exception. Tandis que la prescription extinctive n'engendre qu'une exception.

Des deux sortes d'usucapion. — Il existe deux sortes d'usucapion, au point de vue de la durée :

L'usucapion de dix à vingt ans, lorsque le possesseur a juste titre et bonne foi (art 2265 à 2269).

L'usucapion de trente ans, lorsque l'une de ces deux conditions ou toutes les deux font défaut.

Division du chapitre II. — Nous diviserons le chapitre II en cinq paragraphes de la façon suivante :

§ 1. Des conditions requises pour l'usucapion.

(1) Aubry et Rau, *op. cit.*, § 210.

§ 2. Du délai nécessaire pour l'usucapion.
§ 3. De la suspension de l'usucapion.
§ 4. De l'interruption de l'usucapion.
§ 5. Des effets de l'usucapion.

§ 1. — Conditions requises pour l'usucapion.

Enumération. — Les conditions requises pour l'usucapion peuvent être ramenées aux trois suivantes :

1° La chose doit être susceptible d'usucapion ;

2° Il faut la possession ;

3° Il faut un certain délai.

Développons ces trois points successivement :

1° Choses susceptibles d'être usucapées. — *Principe.* — En principe, toutes les choses sont susceptibles d'être usucapées.

Exceptions. — Sont imprescriptibles, par exception :

1° Les choses qui sont non susceptibles de propriété privée, telles que les biens du domaine public de l'Etat, du département et de la commune (1) ;

2° Les immeubles dotaux de la femme (art. 1561) ;

3° Les biens qui font partie d'un majorat (Décret du 1er mars 1808).

Remarque en ce qui concerne les meubles. — En thèse générale, la prescription ne s'applique pas aux meubles, en raison de la règle de l'article 2279. Par exception, cependant, elle est possible soit contre le possesseur de mauvaise foi, pendant trente ans, soit contre l'acquéreur de bonne foi d'un meuble perdu ou volé, pendant trois ans (2). Mais nous laissons de côté ces hypothèses exceptionnelles, pour ne nous occuper dans ce chapitre que de la prescription relative aux immeubles.

2° Il faut la possession. — La possession qui est nécessaire ici est une possession proprement dite, *animo domini*. La simple détention est insuffisante pour fonder une prescription, pour si longue fût-elle.

De plus, la possession doit être exempte de tout vice de discon-

(1) Voir *suprà*, p. 396.
(2) Voir *suprà*, p. 423. — Dans le cas de perte et de vol, le délai de trois ans court du jour de la perte et du vol, sans avoir égard au temps pendant lequel a duré la possession du défendeur. Aussi certains auteurs ont refusé d'y voir une prescription, mais un délai préfixe de déchéance qui court même contre les incapables. Aubry et Rau, § 187, note 17.

tinuité, de violence ou de clandestinité. Nous n'avons qu'à renvoyer à cet égard aux explications données plus haut sur la possession (1).

3° Il faut un certain délai. — *Divers points à étudier.* — Le délai est essentiel en matière de prescription ; nous avons trois points à étudier à ce sujet : quel est le point de départ du délai ; comment se calcule le délai ; quelle est l'étendue du délai.

Point de départ du délai. — *Le principe.* — Le principe est que la prescription commence à courir à partir du jour de la prise de possession de l'immeuble.

Exception certaine au cas de droits éventuels (2). — Par exception, la prescription ne court à l'encontre des droits éventuels, c'est-à-dire des droits subordonnés à la mort d'une personne, qu'à compter du jour de cette mort.

Ainsi, la loi reconnaît à certains héritiers qu'on appelle héritiers à réserve le droit de faire réduire les libéralités excessives faites par le défunt. L'action en revendication, que ces héritiers peuvent intenter, de ce chef, à l'encontre des tiers détenteurs, ne commence à se prescrire que du jour du décès du disposant.

Solution logique ; le droit des héritiers ne naît qu'à ce moment ; il ne peut donc pas être prescrit auparavant, ni directement par l'effet d'une prescription extinctive, ni indirectement par l'effet d'une usucapion. *Actioni non natæ non prescribitur.*

Controverse pour les droits conditionnels. — Faut-il donner la même solution pour les droits subordonnés à la réalisation d'une condition ? (3) Cette question divise la jurisprudence et la doctrine.

D'après la jurisprudence (4), l'usucapion ne court que du jour de l'arrivée de la condition. En faveur de cette solution, elle invoque deux arguments : 1° l'article 2257 donne cette solution pour la prescription extinctive ; il faut l'étendre à la prescription acqui-

(1) Voir *suprà*, p. 416.

(2) Voir plus haut, p. 105, note 2, la différence entre les droits éventuels et les droits conditionnels.

(3) Exemple : Une personne a fait à une autre la donation d'un immeuble avec la clause que cet immeuble lui ferait retour si le donataire mourait le premier. Du vivant du donataire, le donateur est propriétaire de l'immeuble sous condition suspensive. Supposons que le donataire aliène l'immeuble, puis meurt. A partir de quel moment le tiers acquéreur commencera-t-il à prescrire ? Est-ce du jour de la prise de possession ? Est-ce du jour du décès du donataire ? telle est la question.

(4) Voir notamment, Cass., 9 juillet 1870, D. 79. 1.344.

sitive ; 2° la prescription suppose une inaction injustifiée de la part du titulaire du droit. Or, tant que la condition est en suspens, le droit ne naît pas encore ; l'action en justice ne peut donc pas s'éteindre indirectement par l'effet d'une usucapion.

D'après la doctrine (1), au contraire, l'usucapion court du jour de la prise de possession de l'immeuble, sans attendre l'arrivée de la condition. On répond aux arguments de la jurisprudence : 1° l'article 2257 ne concerne que la prescription extinctive : cela résulte de ses termes mêmes qui visent exclusivement les créances ; or, comme c'est un texte exceptionnel, il faut l'interpréter restrictivement ; 2° la solution de l'article 2257 se conçoit pour la prescription extinctive, qui est fondée uniquement sur la négligence du créancier à faire valoir son droit ; elle n'a pas de raison d'être pour l'usucapion qui est basée sur la possession et qui a pour but de consolider la propriété entre les mains du possesseur au bout d'un certain temps.

Calcul du délai. — Pour la computation du délai de prescription, on suit les règles suivantes :

1° Le délai se compte par jours et non par heures (art. 2260) ;

2° Le premier jour du délai ne compte pas, parce qu'il n'est jamais complet. C'est d'ailleurs l'application d'une règle générale pour la computation des délais : « *Dies a quo non computatur in termino* » (2) ;

3° La prescription est accomplie lorsque le dernier jour du terme est accompli (art. 2261), même si c'est un jour férié (3).

Ainsi, une usucapion de trente ans, commencée le 1er avril 1890, serait acquise le 1er avril 1920 à minuit.

Etendue du délai. — Renvoi au paragraphe suivant. — Cette question demande des développements assez importants ; nous lui consacrerons le paragraphe suivant.

§ 2. — Du délai nécessaire pour l'usucapion.

Distinction essentielle. — Le délai nécessaire pour l'usucapion varie d'après la distinction suivante :

Il est de dix à vingt ans, lorsque le possesseur de l'immeuble a juste titre et bonne foi.

(1) Aubry et Rau, II, § 613 et note 17 ; Planiol, I, n° 1467 et suiv.

(2) Voir notre *Manuel de procédure civile*, p. 97.

(3) La loi du 13 avril 1895 ne s'applique, en effet, qu aux délais de procédure.

Il est de trente ans, lorsque le possesseur ne remplit qu'une de ces deux conditions, ou ne remplit aucune d'elles.

Nous n'avons rien à dire de plus en ce qui concerne la prescription trentenaire; nous allons donc consacrer ce paragraphe à l'étude des conditions spéciales de l'usucapion de dix à vingt ans.

Conditions spéciales de l'usucapion de dix à vingt ans. — *Enumération.* — Ces conditions sont, nous l'avons dit, au nombre de deux :

1° Le juste titre ;

2° La bonne foi.

Du juste titre. — *Définition.* — On entend par juste titre tout acte juridique qui, considéré en soi, est susceptible de transférer la propriété.

Ainsi, sont des justes titres : la vente, la dation en paiement, le legs, la donation entre vifs.

Ne sont pas des justes titres : le bail, — la transaction, le partage et l'adjudication au profit d'un copartageant, qui sont des actes déclaratifs et non translatifs de propriété (art. 883).

Du titre inexistant ou frappé de nullité absolue. — Le titre inexistant et le titre frappé de nullité absolue ne peuvent être considérés comme justes titres et servir de base à l'usucapion de dix à vingt ans.

Il en est ainsi notamment : d'un titre auquel il manquerait l'accomplissement d'une formalité indispensable, tel qu'une donation faite par acte sous seing privé, au lieu d'être passée par devant notaire (art. 2267) ; d'un titre contraire à la loi ou aux bonnes mœurs, tels qu'une donation *mortis causa* ou une substitution prohibée.

Du titre entaché d'une nullité relative. — Il en est autrement du titre entaché d'une nullité purement relative : soit parce que l'aliénateur n'était pas le véritable propriétaire de l'immeuble (1), soit parce qu'il n'était pas capable d'aliéner, soit parce que son consentement a été vicié Un semblable titre est utile pour l'usucapion. C'est même en vue de faire disparaître ces vices et de consolider la propriété entre les mains de l'acquéreur, que l'usucapion de dix à vingt ans a été créée.

Du titre putatif. — Le titre putatif, c'est-à-dire celui que le possesseur croit exister, mais qui n'existe pas en réalité, ne suffit pas.

(1) Nous verrons plus tard (t. II) que d'après la jurisprudence la vente de la chose d'autrui est annulable seulement.

Il en est ainsi, par exemple, d'un testament qui aurait été révoqué par un testament postérieur. Il ne peut être invoqué comme juste titre, même si le possesseur ignore cette révocation. En effet, la loi exige deux conditions distinctes : le juste titre et la bonne foi (art. 2265). Or, en cas de titre putatif, une seule condition se trouve réalisée : la bonne foi, ce qui est insuffisant. Nous avons donné une solution différente en ce qui concerne l'acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi.

Preuve du juste titre. — C'est au possesseur, qui veut se prévaloir de l'usucapion de dix à vingt ans, à faire la preuve qu'il est en possession d'un juste titre. Cette preuve se fera par la production d'un acte authentique ou d'un acte sous seing privé, pourvu qu'il ait date certaine. Le défaut de transcription est indifférent au point de vue de l'usucapion.

De la bonne foi. — *Définition.* — La bonne foi consiste dans la croyance (1) chez le possesseur que la personne qui lui a transmis l'immeuble était le véritable propriétaire de cet immeuble.

Il n'est pas nécessaire qu'il ignore en outre, les autres vices, de capacité ou de consentement, qui ont pu entacher son acquisition. Ainsi, celui qui a acheté un immeuble d'un mineur ou de tout autre incapable, sera considéré comme étant de bonne foi et pourra usucaper par dix à vingt ans, par cela seul qu'il a cru traiter avec le véritable propriétaire, quand même il n'a pas ignoré qu'il avait affaire à un incapable.

Nous avons vu plus haut que l'ignorance de tous les vices qui affectent le titre est au contraire exigée par la loi pour l'acquisition des fruits par le possesseur (2).

Moment auquel la bonne foi est exigée. — La bonne foi n'est exigée qu'au moment de l'acquisition ; il importe peu qu'elle vienne à disparaître dans la suite. Solution traditionnelle. A Rome déjà on disait : *mala fides interveniens non impedit usucapionem.*

Nouvelle différence avec l'acquisition des fruits (3).

(1) Peu importe que cette croyance repose sur une erreur de droit ou sur une erreur de fait.

(2) Voir *suprà*, p. 420.

(3) *Différences entre les conditions de l'usucapion de dix à vingt ans et l'acquisition des fruits.* — On peut les ramener à trois :

1° Le titre putatif suffit pour l'acquisition des fruits ; il est insuffisant pour l'usucapion ;

2° Le possesseur doit ignorer tous les vices qui entachent son titre pour

Preuve de la bonne foi. — La bonne foi se présume ; c'est à celui qui allègue la mauvaise foi à la prouver (art. 2268).

Cependant, lorsque la seule inspection des titres de son auteur aurait dû révéler à l'acquéreur les vices dont ils étaient entachés, l'acquéreur ne pourra éviter le reproche de mauvaise foi qu'en démontrant, ou bien qu'il n'a pas pris connaissance de ces titres ou bien qu'il a commis une erreur de droit en croyant ces titres réguliers (1) ; encore faut-il que cette erreur soit vraisemblable.

Quand faut-il dix ans ?quand faut-il vingt ans ? — L'usucapion est accomplie au bout de dix ans, lorsque le propriétaire contre lequel on prescrit est domicilié dans le ressort de la Cour d'appel où est situé l'immeuble, et au bout de vingt ans, lorsqu'il est domicilié en dehors de ce ressort (art. 2265).

Cette distinction est facile à comprendre. Il faut donner au propriétaire un délai plus long pour faire valoir son droit lorsqu'il est absent que lorsqu'il est présent.

Si le véritable propriétaire a eu son domicile en différents endroits dans le ressort et hors du ressort, il faut, pour compléter la prescription, ajouter aux années de présence un nombre d'années d'absence double de celui qui manque pour compléter les dix ans de présence (art. 2266).

Exemple : le véritable propriétaire a été présent pendant cinq ans, et absent pendant cinq ans ; il prescrira au bout de quinze années.

De la jonction ou accession de possession. — *Définition et distinction.* — La jonction ou accession de possession consiste à joindre à sa possession le temps de la possession de son auteur, de façon à arriver plus tôt à l'usucapion (art. 2235). Les conditions dans lesquelles s'opère la jonction de possession varient suivant qu'il s'agit d'un acquéreur à titre particulier ou d'un acquéreur à titre universel.

Acquéreur à titre universel. — L'acquéreur à titre universel continue la possession de son auteur, avec ses qualités, bonnes ou mauvaises, au point de vue de l'usucapion.

Ainsi, si son auteur était possesseur précaire et ne pouvait pas prescrire, il ne pourra pas commencer une possession utile en vue

l'acquisition des fruits ; il suffit qu'il croie traiter avec le véritable propriétaire pour l'usucapion ;

3° La bonne foi doit persister tout le temps de la possession pour l'acquisition des fruits. Il suffit qu'elle existe au début pour l'usucapion.

(1) Dans ce sens, Aubry et Rau, § 218, texte et note 30.

d'usucaper. De même, si son auteur était possesseur de mauvaise foi, sa bonne foi personnelle ne lui permettra pas d'acquérir par dix à vingt ans. Il ne pourra prescrire que par trente ans ; et en vue de cette prescription, il pourra invoquer la possession de son auteur. Inversement, la bonne foi initiale de son auteur l'autorisera à usucaper par dix à vingt ans, quand même personnellement il serait de mauvaise foi.

Il usera encore utilement de la jonction de possession.

Acquéreur à titre particulier. — L'acquéreur à titre particulier commence une possession nouvelle. C'est donc en sa personne qu'il faut examiner les caractères de la possession, sans tenir compte des qualités ou des vices de la possession de son auteur.

Ainsi, si son auteur était possesseur précaire le possesseur actuel peut être possesseur *animo domini*, s'il a un juste titre, et peut prescrire. De même, si son auteur était possesseur de mauvaise foi, sa bonne foi personnelle lui permettra d'usucaper par dix ou vingt ans à partir du moment où il a pris possession de l'immeuble. Il n'y a pas lieu dans ce cas à jonction de possession.

Inversement, la bonne foi initiale de son auteur ne suffit pas pour l'acquéreur à titre particulier, s'il est personnellement de mauvaise foi. Il pourra tout de même joindre à sa possession celle de son auteur, en vue de la prescription trentenaire.

§ 3. — De la suspension de l'usucapion.

Définition et effets. — La suspension est un arrêt momentané dans le cours de la prescription.

Son effet consiste à empêcher la prescription de courir tant que la cause de suspension dure ; quand cette cause vient à cesser, la prescription reprend son cours au point où elle était au moment de la suspension ; en sorte que le temps qui avait couru jusque-là s'ajoute à celui qui courra dans l'avenir.

Enumération des causes de suspension admises par la loi. — *Principe.* — Le principe posé par l'article 2251 en cette matière est que la prescription court contre toutes personnes, à moins qu'elles ne soient dans quelque exception établie par une loi (1).

(1) Il en était autrement dans notre ancien droit ; la prescription était suspendue toutes les fois que celui contre lequel elle courait était dans l'impossibilité d'agir, et c'était au juge qu'il appartenait d'apprécier s'il y avait

Enumération. — Les causes de suspension établies par la loi sont les suivantes :

1° La prescription ne court pas contre les mineurs, émancipés ou non et contre les interdits judiciaires.

On a voulu les mettre à l'abri de la négligence de leur tuteur qui pourrait laisser s'accomplir une prescription à leur détriment. Sans doute, en pareil cas, le tuteur serait insolvable. Il a paru préférable d'empêcher la prescription de courir pendant tout le temps de la minorité ;

2° La prescription ne court pas entre époux, pendant le mariage (art. 2253) ;

Cette cause de suspension est motivée par les raisons de convenance qui peuvent détourner un époux d'agir en justice contre son conjoint ;

3° La prescription n'est pas, en principe, suspendue au profit de la femme mariée, comme elle l'est au profit du mineur et de l'interdit, même pour les biens dont le mari a l'administration, sauf son recours contre lui (art. 2254).

a) Sous le régime dotal, en ce qui concerne ses immeubles dotaux (art. 2255) ;

b) Sous le régime de la communauté ; dans le cas où l'action de la femme ne pourrait être exercée qu'après une option à faire sur l'acceptation ou la renonciation de la communauté ;

c) Sous tous les régimes, dans le cas où le mari, ayant vendu le bien propre de sa femme sans son consentement, est garant de la vente, et dans tous les actes où l'action de la femme réfléchirait contre le mari (art. 2236).

On comprendra mieux ces deux points après l'étude des régimes matrimoniaux en troisième année.

Faut-il étendre la suspension à d'autres cas par analogie ? — *Points certains.* — On est d'accord, en doctrine et en jurisprudence, pour écarter toute extension, par voie d'analogie, des causes de suspension basées sur des considérations de personnes.

Ainsi, la prescription n'est pas suspendue : au profit des aliénés non interdits judiciairement, même s'ils sont placés dans un asile d'aliénés, ni à l'égard des personnes pourvues d'un conseil judiciaire, ni à l'égard d'un interdit légal, dont l'incapacité est plutôt

ou non une semblable impossibilité. *Contrà non valentem agere non currit præscriptio.*

une mesure de déchéance que de protection, ni à l'égard du commerçant failli, pendant la durée de son dessaisissement.

Point controversé. — Ne faut-il pas, en outre, admettre que la prescription est suspendue toutes les fois qu'il existe un obstacle, soit de droit, soit de fait, à l'exercice de l action ?

Sur ce point, la doctrine se sépare de la jurisprudence.

La jurisprudence considère que l'impossibilité d'agir est une cause de suspension de prescription, en vertu de l'ancien adage : *contra non valentem agere non currit præscriptio*, et elle applique notamment cette solution, en matière d'usucapion, dans le cas où le cours normal de la justice est arrêté par une guerre et dans le cas où le véritable propriétaire avait une juste cause d'ignorer son droit.

Elle écarte l'objection tirée de l'article 2251, en disant que cet article ne vise que les causes de suspension tenant à des considérations de personnes (1), mais qu'il laisse en dehors de sa sphère celles qui tiennent à d'autres causes.

La doctrine est, en général, opposée à cette manière de voir. Pour elle, en posant la règle qui fait l objet de l'article 2251, les rédacteurs du Code ont voulu rompre avec les errements de notre ancien droit, et supprimer dans tous les cas le pouvoir arbitraire qui résultait pour les tribunaux de l'adage « *contra non valentem...* ».

D'après elle donc, il ne faut pas admettre d'autres causes de suspension que celles que la loi a énumérées formellement.

§ 4. — De l'interruption de l'usucapion.

Définition. — Il y a interruption de l'usucapion, lorsque l'usucapion se trouve arrêtée dans son cours par la survenance de certains faits déterminés, de telle sorte que le temps qui avait couru jusque-là est effacé rétroactivement et ne peut pas être compté pour l'accomplissement de l'usucapion.

Différence entre la suspension et l'interruption. — Il faut bien se garder de confondre la suspension et l'interruption de l'usucapion. La suspension est un arrêt momentané dans le cours de l usucapion ; elle laisse subsister le temps qui avait couru au moment où elle se produit, et lorsque l'obstacle est levé, c'est

(1) Cela résulte, d'après elle, des termes de cet article : « La prescription court contre *toutes personnes*, à moins qu'*elles...* »

la même prescription qui se poursuit. Au contraire, l'interruption supprime l'usucapion dans le passé, et quand elle peut reprendre, c'est une usucapion nouvelle qui commence.

Deux sortes d'interruption. — On distingue deux sortes d'interruption : l'interruption civile et l'interruption naturelle (art. 2243).

a) *De l'interruption civile.*

Deux causes. — Il existe deux causes d'interruption civile : certains actes de poursuite, et la reconnaissance du droit du propriétaire.

I. Actes de poursuite. — Les actes de poursuite qui interrompent l'usucapion sont (art. 2244) :

La citation en justice ;

La citation en conciliation ;

Le commandement,

Et la saisie.

Nous allons étudier chacun d'eux séparément en laissant de côté les deux derniers qui sont spéciaux à la prescription extinctive.

Citation en justice. — *Ce qu'il faut entendre par là.* — Il faut entendre cette expression dans son sens le plus large, en y faisant entrer, non seulement les demandes formées par voie d'ajournement devant le tribunal d'arrondissement, mais aussi celles qui sont portées devant toute autre juridiction, justice de paix, tribunaux de commerce, etc. ; non seulement les demandes qui commencent un procès, mais aussi celles qui sont formées en réponse à une demande précédente, par le défendeur, et qu'on appelle demandes reconventionnelles, ainsi que celles qui émanent de tiers intervenant dans l'instance.

Des cas où l'interruption n'a pas lieu. — L'interruption est réputée comme non avenue dans les différents cas suivants :

1° Lorsque l'assignation est nulle en la forme, pourvu que la nullité en ait été prononcée (art. 2247).

Cependant, la citation devant un juge incompétent interrompt la prescription (art. 2246). Cette distinction, peu logique, s'explique par cette raison que le demandeur est excusable de s'être trompé sur une question de compétence, qui est souvent délicate à résoudre, tandis qu'il ne l'est pas de n'avoir pas observé les règles de forme établies par la loi (1) ;

(1) Voir, sur ce point, notre *Manuel de procédure civile*, p. 121.

2° Si le demandeur se désiste de sa demande. Le désistement fait considérer la demande comme non avenue ;

3° Si le demandeur laisse périmer l'instance. La péremption d'instance a lieu lorsque le demandeur laisse trois ans s'écouler sans faire d'acte de procédure (1) ;

4° Si la demande est rejetée. Pour que cela présente un intérêt pratique, il faut évidemment supposer que la demande soit rejetée par une fin de non-recevoir qui ne touche pas au fond même du droit. Car autrement, il serait inutile de constater que l'interruption est non avenue, puisque l'exception de chose jugée suffirait.

Citation en conciliation. — On entend par là la procédure préliminaire à la plupart des demandes portées devant le tribunal d'arrondissement.

Elle n'interrompt la prescription qu'à la condition d'être suivie d'une assignation en justice donnée dans le mois (art. 2245).

Effets de l'interruption. — L'interruption qui résulte des actes de poursuite a pour effet de rendre recevable l'action en revendication, et d'empêcher le défendeur d'arriver à l'usucapion *inter moras litis*, c'est-à-dire pendant la durée de l'instance ; mais elle ne permet pas au possesseur de recommencer une usucapion nouvelle.

En effet, ou bien la demande du véritable propriétaire aura abouti, et il aura été mis en possession de l'immeuble, ou bien sa demande a été rejetée, et alors, l'interruption de prescription est non avenue.

II. Reconnaissance du droit du propriétaire. — Aux termes de l'article 2248, la prescription est interrompue par la reconnaissance que le possesseur fait du droit de celui contre lequel il prescrivait.

Cette reconnaissance expresse n'exige aucune forme particulière; elle peut être faite de toute façon même par lettre missive.

La reconnaissance tacite résulte de toute circonstance qui implique un aveu que celui contre lequel on prescrit est propriétaire de l'immeuble.

Effets de l'interruption. — La reconnaissance du droit du propriétaire rend inutile le temps qui a couru jusque-là ; mais, à la différence de l'interruption résultant de poursuites judiciaires, elle laisse place pour une nouvelle usucapion, pourvu que le pos-

(1) Voir notre *Manuel de procédure civile*, p. 254.

sesseur ait simplement reconnu qu'il n'était pas propriétaire et non pas qu'il était possesseur précaire.

b) *De l'interruption naturelle.*

Une seule cause. — Il y a interruption naturelle, lorsque le possesseur est privé, pendant plus d'un an, de la jouissance de la chose, soit par le propriétaire, soit même par un tiers (art. 2243).

§ 5. — Des effets de l'usucapion.

Enoncé. — L'usucapion fait acquérir au possesseur la propriété de l'immeuble, mais n'éteint pas par elle-même, les droits réels qui grevaient l'immeuble, ni les actions personnelles relatives à l'immeuble.

Reprenons ces trois propositions :

I. L'usucapion fait acquérir la propriété de l'immeuble. — L'acquisition de la propriété est certaine, au cas d'usucapion de dix à vingt ans. Elle est affirmée par l'article 2265.

Elle peut faire doute en ce qui concerne l'usucapion trentenaire ; car l'article 2262 se borne à dire que toutes les actions réelles s'éteignent par trente ans ; on pourrait donc être tenté de considérer qu'il y a là une prescription purement extinctive de l'action en revendication, comme l'ancienne *præscriptio longissimi temporis*, qui mettait fin à l'action du propriétaire, sans faire acquérir la propriété au possesseur. Mais cette opinion a été écartée avec raison, en présence des termes catégoriques de l'article 712 qui déclare que la propriété s'acquiert par prescription, et de l'article 2219 qui définit la prescription « un moyen d'acquérir ».

L'usucapion n'éteint pas les charges réelles de l'immeuble. — L'usucapion n'éteint pas, par elle-même, les charges réelles de l'immeuble, usufruit, usage, habitation, servitudes, hypothèques ; le possesseur acquiert l'immeuble avec toutes ses charges, en vertu de l'adage, *tantum usucaptum quantum possessum.*

Cependant, il se produira souvent, que parallèlement à l'usucapion, la prescription extinctive de ces différentes charges courra ; souvent aussi, en même temps que l'usucapion s'accomplira, la prescription extinctive arrivera à son terme, surtout lorsqu'il s'agira d'usucapion trentenaire. Mais, même dans ce dernier cas, l'extinction de ces charges se produira, d'après des règles propres à la prescription extinctive, et indépendamment de l'usucapion elle-même.

L'usucapion n'éteint pas les actions personnelles relatives à l'immeuble. — Les actions personnelles relatives à l'immeuble usucapé ne s'éteignent pas par l'effet de l'usucapion. Il en est ainsi notamment de l action en nullité, pour incapacité ou pour vice de consentement, que l'aliénateur pourrait intenter contre le possesseur. Cette action s'éteint par une prescription de dix ans (art. 1304), qui courra parallèlement, mais d'une façon distincte cependant, de l'usucapion.

De même, l'action personnelle, en restitution ou en indemnité, que le véritable propriétaire a le droit d'exercer contre celui qui a aliéné l'immeuble, ne disparaît pas par l'effet de l'usucapion. Elle ne peut s'éteindre que par le résultat d'une prescription extinctive. indépendante de cette usucapion.

II. Comment l'usucapion produit-elle ses effets ? — La loi pose sur ce point les deux règles suivantes :

a) L'usucapion n'opère pas de plein droit.

b) L'usucapion opère rétroactivement.

a) **L'usucapion n'opère pas de plein droit.** — Cette solution est affirmée par l'article 2223, d'après lequel les juges ne peuvent pas suppléer d'office le moyen résultant de la prescription. Il faut que le possesseur, poursuivi en revendication, l'invoque formellement.

Pourquoi cette règle ? Parce que, quelquefois, nous l'avons dit, l'usucapion peut aboutir à une véritable spoliation du propriétaire. Aussi, la loi a-t-elle voulu faire le possesseur seul juge d'apprécier si sa conscience lui permet de se prévaloir d'un semblable moyen d'acquisition.

b) **L'usucapion opère rétroactivement.** — Les effets de l'usucapion remontent au jour de la prise de possession. Le possesseur est censé avoir acquis, dès ce moment, la propriété de l'immeuble, d'une façon irrévocable.

Cette rétroactivité s'explique par le but principal de l'usucapion qui est de consolider les acquisitions viciées dans leur principe.

La loi le reconnaît implicitement, dans l'article 1402. en déclarant propre à l'un des époux l'immeuble, acquis par l'effet de l'usucapion au cours du mariage, dont il avait la possession légale au moment du mariage.

III. De la renonciation à l'usucapion. — En ce qui concerne la renonciation à l'usucapion, la loi a donné les deux solutions suivantes (art. 2228) :

1° On ne peut d'avance renoncer à la prescription ;

2° On peut renoncer à une prescription acquise.

On ne peut d'avance renoncer à la prescription. — Cette règle concerne plutôt la prescription extinctive ; elle n'a guère d'application en matière d'usucapion.

Cette solution se comprend aisément. Si la loi avait autorisé les renonciations anticipées en matière d'usucapion, elles seraient devenues dans certains actes de véritables clauses de style, et auraient fait disparaître l'institution elle-même.

On peut renoncer à la prescription acquise. — *Raison de cette solution.* — La loi autorise la renonciation à la prescription acquise, parce que l'intérêt général n'est pas engagé ; il s'agit d'un simple intérêt privé et il est de règle qu'on peut toujours renoncer à une faculté légale.

Caractère de la renonciation. — La prescription n'opérant pas de plein droit, tant que le possesseur ne s'en est pas prévalu, il n'est pas devenu propriétaire ; et en y renonçant, il ne fait pas sortir de son patrimoine un bien qui y était entré ; il abandonne simplement le droit de se prévaloir des effets d'une prescription accomplie.

Capacité requise. — Cependant, comme en fait les résultats de cet abandon sont les mêmes que ceux d'une véritable aliénation, la loi exige de celui qui renonce à la prescription la capacité d'aliéner.

Forme de la renonciation. — La loi n'a prescrit aucune forme spéciale pour cette renonciation ; en sorte qu'elle peut être expresse ou tacite. Expresse, elle pourra être faite dans un acte sous seing privé ou authentique. Tacite, elle résultera de circonstances de fait laissées à l'entière appréciation du tribunal.

IV. Du droit des créanciers de celui qui a usucapé. — Les créanciers ont, en matière d'usucapion, comme en toute autre matière intéressant le patrimoine de leur débiteur, un double droit en sens inverse :

1° Ils peuvent opposer la prescription du chef de leur débiteur, si celui-ci néglige de le faire lui-même ;

2° Ils peuvent faire révoquer par voie d'action paulienne la renonciation que leur débiteur aurait faite à leur détriment (1).

Nous nous bornons à cette simple indication. Cette question ne

(1) D'après la jurisprudence, la preuve que le débiteur a agi en fraude de ses créanciers ne serait pas nécessaire. Nous retrouverons cette question dans le t. II.

peut être développée qu'en seconde année à propos de l'action oblique (art. 1166) et de l'action paulienne (art. 2225).

CHAPITRE III. — L'ACCESSION.

Définition. — L'accession est le mode d'acquérir la propriété qui résulte de l'application de cette règle que tout ce qui s'unit ou s'incorpore à une chose appartient au propriétaire de cette chose suivant les distinctions établies par la loi (art. 551).

Fondement rationnel de ce mode d'acquérir. — Lorsque l'objet qui vient s'unir à un autre objet n'avait pas antérieurement de maître, l'attribution de la propriété de cet objet au propriétaire de l'autre, est tout à fait naturelle, et s'impose pour ainsi dire.

Dans le cas, au contraire, où l'objet qui s'unit à un autre avait un propriétaire, ce dernier devrait pouvoir le réclamer en faisant opérer la séparation.

Cependant la loi a préféré attribuer la propriété du tout à un seul des deux propriétaires, sous réserve d'une indemnité au profit de l'autre, parce que souvent la séparation serait impossible et presque toujours elle ne pourrait pas être opérée sans dégradation de l'un des deux objets (1).

Des trois cas d'accession prévus par la loi. — La loi a prévu trois cas d'accession (2).

1° L'accession d'une chose immobilière à un immeuble ;

2° L'accession d'une chose mobilière à un immeuble ;

3° L'accession d'une chose mobilière à un meuble. Nous allons consacrer un paragraphe spécial aux deux premiers cas d'accession. Quant au troisième, nous renvoyons à la lecture des articles du Code en raison de son peu d'importance.

§ 1. — Accession d'une chose immobilière à un immeuble.

Hypothèse prévue. — Cette première application de la théorie de l'accession se place dans l'hypothèse d'un fonds situé le long d'un cours d'eau. Cela posé, la loi prévoit quatre cas d'accession : l'alluvion, l'avulsion, les îles ou îlots et le lit abandonné.

(1) Aubry et Rau, II, n° 202, p. 246.
(2) Nous empruntons cette classification à MM. Aubry et Rau, II, § 202.

De l'alluvion. — *Définition*. — On entend par alluvion les atterrissements et accroissements qui se forment successivement et imperceptiblement le long des fonds riverains d'un fleuve ou d'une rivière (art. 556). Les jurisconsultes romains le définissent un *incrementum latens*.

Alluvion le long des cours d'eau. — Les alluvions se formant le long d'un cours d'eau appartiennent au propriétaire riverain, par droit d'accession, sans distinction entre les cours d'eau navigables et flottables et ceux qui ne le sont pas (art. 556).

Même solution pour les relais que forme l'eau courante qui se retire insensiblement de l'une de ses rives en se portant sur l'autre (art. 557).

Alluvion le long des lacs et étangs. — L'accession ne s'applique pas ici. Le propriétaire d'un étang ou d'un lac conserve toujours le terrain que l'eau couvre quand elle est à la hauteur de la décharge de l'étang, encore que le volume de l'eau vienne à diminuer. Réciproquement, le propriétaire de l'étang n'acquiert aucun droit sur les terres riveraines que son eau vient à couvrir dans des crues extraordinaires (art. 558).

Alluvion le long de la mer. — Les alluvions qui se forment le long de la mer s'appellent les lais et les relais de la mer. Ils appartiennent à l'Etat et font partie de son domaine privé.

De l'avulsion. — *Définition*. — On dit qu'il y a avulsion lorsqu'une partie considérable et reconnaissable d'un champ riverain est enlevée par une force subite qui la porte vers un champ inférieur ou sur la rive opposée.

A qui appartient le terrain d'avulsion ? — Le terrain ainsi enlevé continue à appartenir au propriétaire qui en a été dépossédé ; mais il est tenu de former son action dans l'année. Après ce délai, il n'y sera plus recevable, à moins que le propriétaire du champ auquel la partie enlevée a été unie n'eût pas encore pris possession de celle-ci (art. 559).

Des îles et îlots. — *Dans un cours d'eau navigable ou flottable*. — Les îles et îlots qui se forment dans le lit des fleuves navigables ou flottables appartiennent à l'Etat et font partie de son domaine privé (art 560).

Dans un cours d'eau ni navigable ni flottable. — Les îles ou îlots qui se forment dans les rivières ni navigables ni flottables appartiennent aux propriétaires riverains du côté où l'île s'est formée. Si elle ne s'est pas formée d'un seul côté, elle appartient

aux propriétaires riverains des deux côtés, à partir de la ligne qu'on suppose tracée au milieu de la rivière (art. 561).

Ile ou îlot formé dans un champ riverain. — Si une rivière ou un fleuve, en se formant un nouveau bras, coupe et embrasse le champ d'un propriétaire riverain et en fait une île, ce propriétaire conserve la propriété de son champ, encore que l'île se soit formée dans un fleuve ou dans une rivière navigable ou flottable (art. 562).

Du lit abandonné. — *Cours d'eau navigable ou flottable.* — Lorsqu'un cours d'eau navigable ou flottable se forme un nouveau lit en abandonnant l'ancien, le lit abandonné appartient à l'Etat et fait partie de son domaine privé. Les riverains ont un droit de préemption sur ce terrain (art. 563 modifié par la loi du 8 avril 1898).

Cours d'eau ni navigable ni flottable. — Sous l'empire du Code civil, les propriétaires du fonds nouvellement occupé prenaient à titre d'indemnité l'ancien lit abandonné, chacun dans la proportion du terrain qui lui avait été enlevé (ancien art. 563). Cette solution a été abrogée par la loi du 8 avril 1898 sur le régime des eaux. Dans son article 3, elle décide que le lit des cours d'eau non navigables ni flottables appartient aux deux riverains suivant une ligne que l'on suppose tracée au milieu du cours d'eau (art. 3).

En conséquence, lorsque le lit est abandonné, chaque riverain en reprend la libre disposition dans la limite qui lui appartient (art. 5).

§ 2. — Accession d'une chose mobilière à un immeuble.

Deux hypothèses possibles. — L'accession d'une chose mobilière à un immeuble se produit dans le cas des plantations, constructions et autres ouvrages élevés sur un immeuble.

Il y a deux hypothèses à distinguer :

1° On a planté ou fait des constructions ou autres ouvrages sur son propre fonds mais avec les matériaux d'autrui ;

2° On a planté ou fait des constructions ou autres ouvrages avec ses propres matériaux sur le fonds d'autrui.

Dans les deux cas, une double question se pose : qui est propriétaire des plantations ou des constructions ? Quelle indemnité est due à celui à qui la propriété est refusée ?

1° Plantations ou constructions sur son fonds propre avec les matériaux d'autrui.

Question de propriété. — Les plantations, constructions et autres ouvrages faits par le propriétaire du sol avec les matériaux d'autrui appartiennent au propriétaire du sol, même s'il les a employés de mauvaise foi. C'est l'application de la règle : *superficies solo cedit*, la propriété du sol emporte la propriété du dessus.

Question d'indemnité. — Le propriétaire des matériaux a le droit d'en réclamer la valeur au propriétaire du sol ; il peut même, suivant les cas, obtenir des dommages-intérêts pour le dommage que la privation des matériaux a pu lui causer, indépendamment de leur valeur intrinsèque (art. 554).

Mais la loi lui refuse le droit de les enlever (art. 554).

***2° *Plantations ou constructions sur le sol d'autrui avec ses propres matériaux.*

Question de propriété. — Les plantations, constructions et autres ouvrages ainsi élevés appartiennent, par droit d'accession, au propriétaire du sol. C'est une nouvelle application de la règle « *superficies solo cedit* ».

Question d'indemnité. — En ce qui concerne l'indemnité qui peut être due au constructeur, la loi distingue suivant qu'il est de bonne foi ou de mauvaise foi.

Ce que nous allons dire des constructions s'applique également aux autres ouvrages et aux plantations.

Situation du constructeur de mauvaise foi. — A l'égard du constructeur de mauvaise foi, la loi accorde au propriétaire du sol la faculté : ou de conserver les constructions ou de les supprimer.

S'il se décide à les conserver, il doit au constructeur le remboursement de la valeur des matériaux et de la main-d'œuvre, sans égard à la plus ou moins grande augmentation de valeur que le fonds a pu recevoir.

S'il décide de les supprimer, il peut contraindre le constructeur à les enlever à ses frais ; il peut même le faire condamner à des dommages-intérêts pour le préjudice que la construction a pu lui causer.

Situation du constructeur de bonne foi. — Le constructeur de bonne foi ne peut être contraint à démolir et à enlever ses matériaux. Mais le propriétaire du sol aura le choix ou de lui rem-

bourser la valeur des matériaux et du prix de la main-d'œuvre, ou de lui payer une somme égale à celle dont le fonds a augmenté de valeur (art. 555).

Critique dirigée contre la solution du Code. — On a critiqué la solution donnée par les rédacteurs du Code en soutenant quelle faisait au constructeur de mauvaise foi une condition meilleure qu'au constructeur de bonne foi. En effet, a-t on dit, lorsque le propriétaire du sol consent à conserver les constructions, il est tenu de payer au constructeur de mauvaise foi le montant des matériaux et de la main-d'œuvre, en sorte que ce dernier sera entièrement indemnisé ; tandis qu'il a la faculté d'allouer au constructeur de bonne foi la plus-value seulement que les travaux ont procurée à l'immeuble, lorsqu'elle est inférieure à la valeur des matériaux et au prix de la main-d'œuvre.

Réponse à la critique précédente. — On a répondu avec raison que cette critique n'était nullement fondée :

1° A l'égard du constructeur de mauvaise foi, le propriétaire est armé d'un droit redoutable : celui de le contraindre à démolir et à enlever ses matériaux, à ses frais et sans indemnité ; ce droit lui est refusé par la loi à l'égard du constructeur de bonne foi. A ce premier point de vue donc, ce dernier est mieux traité que celui de mauvaise foi ;

2° Sans doute, lorsque le propriétaire décide de conserver la construction, il est tenu de payer au constructeur de mauvaise foi le prix des matériaux et de la main d'œuvre, alors qu'il peut se libérer par le paiement de la plus-value vis-à-vis du constructeur de bonne foi.

Mais, en réalité, l'avantage qui paraît en résulter au profit du constructeur de mauvaise foi est plutôt théorique que pratique. En le menaçant de la démolition, le propriétaire pourra obtenir de lui les plus grands sacrifices et il se libérera par une indemnité inférieure à la valeur des matériaux et de la main-d'œuvre, quelquefois même de la plus-value (1).

Remarques sur la sphère d'application de l'article 555. — Deux remarques doivent être faites pour déterminer la sphère d'application de l'article 555 :

1° Les règles posées par cet article ne s'appliquent pas aux répa-

(1) Malgré cela, certains auteurs persistent dans leur critique de la loi. « Ce moyen n'est qu'une finesse de praticien et la possibilité d'obtenir, par cette voie, une diminution de l'indemnité, ne justifie pas le système de l'article 555 et n'en efface pas l'incohérence ». Planiol, I, n° 1592.

rations ou améliorations à des constructions existantes ; il faut qu'il y ait construction nouvelle ou addition de construction ;

2° D'après la jurisprudence, cet article devrait recevoir son application non pas seulement au cas d'exercice d'une action réelle, dans les rapports du revendiquant et du possesseur, mais aussi dans les relations du bailleur et du fermier, locataire ou preneur emphytéotique (1).

La plupart des auteurs estiment, au contraire. que cet article ne concerne que l'exercice de l'action en revendication et doit rester étranger aux relations d'obligations entre propriétaires et locataires.

CHAPITRE IV. — AUTRES MODES D'ACQUÉRIR LA PROPRIÉTÉ.

Enumération et division du chapitre. — Nous allons consacrer, à chacun des autres modes d'acquérir, un paragraphe spécial de ce chapitre qui se trouvera divisé de la façon suivante :

§ 1. De l'occupation.
§ 2. De l'adjudication.
§ 3. De la loi.
§ 4. De la tradition.

§ 1. — De l'occupation.

Définition. — L'occupation est un mode d'acquérir qui consiste dans la prise de possession d'une chose qui n'appartient à personne.

Ses deux éléments constitutifs. — L'occupation comporte deux éléments essentiels :

1° Il faut la prise de possession d'une chose ;

2° Il faut que cette chose n'appartienne à personne.

Limitation du champ d'application de l'occupation en raison des articles 539 et 713. — Au premier abord, à la lecture des articles 539 et 713, on est tenté de considérer que l'occupation est un mode d'acquérir dont l'application n'est pas juridiquement possible dans notre législation. En effet, l'article 539 dit que « tous les biens vacants et sans maître... appartiennent au domaine public » ; et l'article 713 confirme cette solution en disant

(1) Voir plus loin en ce qui concerne l'usufruitier.

que « les biens qui n'ont pas de maître appartiennent à l Etat ».

Il suit de là que tous les biens ont un propriétaire, l'Etat : dès lors, pas d'occupation possible. puisqu'elle suppose comme condition fondamentale que la chose dont on prend possession n'appartient à personne.

On résout cette énigme en disant que les deux articles concernent seulement les immeubles, et non les meubles. D'où cette conséquence, que l'occupation est impossible, dans notre législation, pour les immeubles, qui ne sont jamais des *res nullius* ; mais elle s'applique aux choses mobilières qui n'appartiennent à personne.

Des cas d'application de l'occupation en matière mobilière. — Pour les meubles, l'occupation reçoit son application dans trois cas principaux :

1° En matière de choses abandonnées ;

2° En matière de pêche et de chasse ;

3° En matière de trésor.

I. Des choses abandonnées. — *Définition* — On entend par choses abandonnées les choses que le propriétaire a volontairement délaissées avec l intention d'en faire acquérir la propriété au premier occupant.

Exemple : les objets délaissés sur la voie publique chaque matin et qui sont enlevés par les chiffonniers.

Il ne faut pas les confondre avec les épaves terrestres, les épaves fluviales et les épaves maritimes

Des épaves terrestres. — On entend par là les objets abandonnés dans les greffes des tribunaux, dans les bureaux des douanes ou dans les bureaux des entrepreneurs de roulage. etc.

Aux termes de lois spéciales, ces objets sont vendus au bout d'un certain délai et le prix de vente en revient à l'Etat s'il n'est pas réclamé par les intéressés.

Des épaves fluviales. — Ce sont des objets qui ont été trouvés sur les bords ou dans le lit des cours d eau navigables ou flottables.

Ils sont vendus et le prix en est attribué à l'Etat si les ayants droit ne présentent pas leur réclamation dans un délai déterminé (ordonnance d'août 1669, titre 31, art. 16 et 17).

Des épaves maritimes. — Ce sont les objets et vaisseaux naufragés échoués sur la grève, les vêtements et autres objets trouvés sur les noyés, les herbes marines, le corail, l'ambre et certains

poissons tels que les baleines, lorsqu'ils sont rejetés sur le rivage. Ils appartiennent à l'Etat.

II. La chasse et la pêche. — La chasse et la pêche sont les cas les plus fréquents d'acquisition par occupation. Mais elles sont régies par des lois administratives auxquelles nous nous bornerons à renvoyer le lecteur : loi du 3 mai 1844 pour la chasse et du 31 mai 1865 pour la pêche.

III. L invention d'un trésor. — *Définition*. — Le trésor est toute chose cachée ou enfouie sur laquelle personne ne peut justifier sa propriété, et qui est découverte par le pur effet du hasard (art. 716, *in fine*).

Attribution du trésor. — La propriété d'un trésor appartient à celui qui le trouve dans son propre fonds ; si le trésor est trouvé dans le fonds d'autrui, il appartient pour moitié à celui qui l'a découvert et pour l'autre moitié au propriétaire du fonds (art. 716).

Pour qu'il en soit ainsi, il faut que le trésor ait été découvert par le pur effet du hasard : car si le propriétaire a fait faire des fouilles en vue de le découvrir, c'est à lui que le trésor revient en totalité.

§ 2. — De l'adjudication.

Définition. — L'adjudication est l'attribution de la propriété d'un immeuble résultant d un jugement du tribunal.

Elle a lieu le plus souvent à l'occasion du partage d'une succession, lorsque, dans l'actif, se trouvent des immeubles incommodément partageables en nature.

Formes. Caractères. — *Formes*. — Les formes varient suivant les cas. Elles sont déterminées par le Code de procédure civile auquel nous renvoyons le lecteur.

Caractères. — Le caractère du jugement d'adjudication est différent suivant qu'il a lieu au profit d'un co-partageant ou au profit d'un tiers.

Lorsqu'il est fait au profit d'un co-partageant, il est assimilé par la loi au partage, et comme lui, il est déclaratif et non translatif de propriété (art. 863). D'où il suit que la transcription du jugement n est pas nécessaire.

Lorsqu'il est fait au profit d'un tiers, c'est une vente véritable et doit être transcrit.

§ 3. — De la loi.

Enumération. — La loi est une cause d'acquisition de la propriété dans deux cas :

1° Au cas de succession *ab intestat.*

2° En ce qui concerne les fruits qui, nous l'avons vu plus haut, sont attribués au possesseur de bonne foi.

§ 4. — La tradition.

Des cas où la tradition est encore un mode d'acquérir. — Nous avons vu plus haut que, par suite du principe moderne d'après lequel le seul consentement suffit pour opérer le transfert de propriété, la tradition avait perdu l'importance que présentait ce mode d'acquérir en droit romain. On peut cependant lui assigner encore aujourd'hui une double utilité :

1° Lorsqu'un acte d'aliénation a pour objet une chose *in genere*, et non un corps certain, c'est la tradition qui, en faisant cesser l'indétermination de l'objet, opère le transfert de propriété ;

2° Dans le don manuel, ou donation de la main à la main, le transfert de propriété est la conséquence de la tradition elle-même.

VIe SECTION. — DES SERVITUDES PERSONNELLES

Définition. — On entend par servitudes personnelles des droits réels établis sur la chose d'autrui dans l'intérêt d'une personne.

On les appelle *servitudes*, parce qu'elles permettent à une personne de tirer une certaine utilité de la chose d'autrui.

Et elles sont dites *personnelles*, parce qu'elles sont établies en faveur de la personne même de leur titulaire et qu'elles s'éteignent par sa mort.

Enumération. — Les servitudes personnelles sont :

L'usufruit ;

L'usage et l'habitation.

Pourquoi l'expression de servitudes personnelles ne se rencontre pas dans le Code civil. — L'expression de servitudes personnelles n'a pas été employée par les rédacteurs du Code civil par un scrupule qui nous paraît aujourd'hui quelque peu puéril. Ils ont craint que cette expression ne rappelât à l'esprit le souvenir de l'ancien servage que l'on avait voulu abolir ; et cependant les droits réels dont nous allons parler n'ont rien de commun avec cette institution.

Division de la section. — Nous diviserons la section VI en deux chapitres :

Chapitre Ier. — De l'usufruit.

Chapitre II. — De l'usage et de l'habitation.

CHAPITRE Ier. — DE L'USUFRUIT.

Définition. — La loi a défini l'usufruit dans l'article 578 : le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à charge d'en conserver la substance.

C'est la traduction littérale de la définition que Justinien en avait donnée dans ses *Institutes* : « *Usus fructus est jus alienis rebus utendi fruendi, salva rerum substantia* ».

On a beaucoup critiqué cette définition. On a dit, notamment, qu'elle était incomplète et obscure ; incomplète parce qu'elle n'indiquait pas que l'usufruit est un droit réel et viager ; obscure, parce qu'on ne pouvait la comprendre qu'en entrant dans le détail des droits et des obligations de l'usufruitier (1).

Cette critique nous paraît bien sévère ; l'art des définitions est très difficile ; aussi, lorsque le législateur nous en fournit une qui est suffisamment claire et exacte, il faut savoir nous en contenter.

Caractères juridiques. — L'usufruit présente les caractères suivants :

1° *C'est un droit réel.* — Il porte directement sur la chose qui est l'objet de l'usufruit. C'est par là que l'usufruitier diffère essentiellement du fermier et du locataire qui n'ont qu'un droit de créance contre le bailleur de l'immeuble.

2° *C'est un droit viager.* — Etant constitué dans l'intérêt personnel de l'usufruitier, il s'éteint par sa mort. Il ressemble à cet égard à la rente viagère.

(1) Planiol, I, n° 1625.

3° *C'est un démembrement de la propriété.* — En effet, les attributs de la propriété, au lieu d'être réunis sur la même tête, sont divisés entre l'usufruitier et le nu-propriétaire. A l'usufruitier appartiennent : le *jus utendi* et le *jus fruendi* ; tandis que le nu-propriétaire n'a que le *jus abutendi*.

Choses susceptibles d'usufruit. — De ce que l'usufruit impose à l'usufruitier l'obligation de conserver intacte la substance de la chose sur laquelle porte son droit, il résulte que l'usufruit ne peut pas avoir pour objet des choses dont on ne peut tirer parti qu'en les consommant, telles que l'argent, le vin, l'huile, etc. Mais, comme des choses de cette nature peuvent se trouver dans un ensemble de biens sur lesquels l'usufruit est établi par testament, on a admis, par raison d'utilité pratique, que sur ces choses le droit d'usufruit emporterait la faculté d'aliéner à charge de restitution. Ce n'est pas un usufruit véritable, c'est un *quasi usufruit*.

Division du chapitre Ier. — Nous diviserons le chapitre Ier en cinq paragraphes de la façon suivante :

§ 1. Comment s'établit l'usufruit ?
§ 2. Des droits de l usufruitier.
§ 3. Des obligations de l'usufruitier.
§ 4. Des droits et des obligations du nu-propriétaire.
§ 5. De l'extinction de l'usufruit.

§ 1. — Comment s'établit l'usufruit.

Deux sources. — L'usufruit peut être établi par la loi ou par un fait de l'homme.

I. **Usufruit établi par la loi.** — *Enumération.* — L'usufruit est établi par la loi dans les cas suivants :

1° Dans le cas de l'article 754, au profit du père ou de la mère qui est appelé à recueillir la succession de leur enfant concurremment avec des collatéraux de l'autre ligne. Le père ou la mère a l'usufruit du tiers de la moitié de la succession qui est attribuée à ces collatéraux ;

2° Au profit de l'époux survivant, dans la succession de son conjoint prédécédé (art. 767 modifié par la loi du 9 mars 1891) ;

3° Au profit du père ou de la mère, qui exerce la puissance paternelle, sur les biens personnels de ses enfants mineurs (art. 384) ;

4° Au profit du mari : sur tous les biens présents et à venir de sa femme sous le régime exclusif de communauté, et sur ses biens

dotaux sous le régime dotal, et au profit de la communauté sur tous les biens propres des deux époux sous le régime de la communauté.

Remarque. — Le droit de jouissance qui résulte de la puissance paternelle et celui qui résulte des différents régimes matrimoniaux ne sont pas à proprement parler des droits d'usufruit. Car ce droit de jouissance ne peut pas être vendu, ni être hypothéqué, ni être saisi. Il en est autrement de l'usufruit du père ou de la mère dans la succession de son enfant prédécédé, et du droit d'usufruit qui appartient au conjoint survivant.

II. Usufruit établi par le fait de l'homme. — *Enoncé général.* — L'usufruit peut être établi par titre ou par prescription.

Usufruit établi par titre. — Nous prenons le mot titre dans le sens d'opération juridique.

Ce titre peut être : un acte entre vifs, tel qu'une vente ou une donation, ou un acte de dernière volonté, tel qu'un legs dans un testament.

Il y a cette différence entre les deux sortes de titre, que le titre constitutif d'usufruit entre vifs sur un immeuble doit être transcrit sur les registres du conservateur des hypothèques (art. 929 et art. 1er de la loi du 23 mars 1855), tandis que le testament qui contient un legs d'usufruit n'est pas soumis à cette condition de publicité.

Usufruit établi par prescription. — La loi n'a pas formellement prévu ce mode d'établissement de l'usufruit. Mais de son silence même on doit conclure que la prescription est possible.

En pratique, elle pourra recevoir son application dans le cas où un droit d'usufruit aura été établi sur un immeuble par un *non dominus*. Le bénéficiaire de cet acte prescrira par dix à vingt ans s'il est de bonne foi et par trente ans s'il est de mauvaise foi.

§ 2. — Des droits de l'usufruitier.

Différents points à étudier. — Pour déterminer d'une façon complète les droits de l'usufruitier, nous allons étudier les quatre points suivants :

1° Des avantages pratiques que l'usufruit confère à son titulaire en général ;

2° De l'examen de certains cas particuliers ;

3° Des actes juridiques que comporte l'exercice du droit d'usufruit ;

4° De la sanction du droit de l'usufruitier.

1° *Des avantages pratiques que l'usufruit confère à son titulaire en général.*

Deux avantages pratiques. — L'usufruit confère à son titulaire, nous l'avons déjà dit, deux des attributs de la propriété : le droit de se servir de la chose, *jus utendi*, et le droit de jouir de la chose, ou *jus fruendi* ; nous allons les étudier successivement.

I. Droit à l'usage de la chose. — L'usufruitier a le droit de se servir de la chose comme le propriétaire lui-même.

Ainsi, il peut habiter la maison ; il peut se servir des animaux sur lesquels porte son droit, soit pour son agrément personnel, si ce sont des chevaux de selle ou de trait, soit pour l'exploitation des terres, si ce sont des animaux de culture.

Il peut chasser et pêcher sur toute l'étendue de l'immeuble.

Enfin, lorsque l'usufruit comprend des choses qui, sans se consommer de suite, se détériorent peu à peu par l'usage, comme du linge, des meubles meublants, l'usufruitier a le droit de s'en servir pour l'usage auquel elles sont destinées, et il n'est obligé de les rendre, à la fin de l'usufruit, que dans l'état où elles se trouvent, non détériorées par son dol ou par sa faute (art. 589).

II. Droit aux fruits de la chose. — *Deux points à étudier.* — Le droit aux fruits de la chose, ou *jus fruendi*, est l'avantage principal de l'usufruit. Il faut étudier à cet égard : à quels fruits, l'usufruitier a droit, et comment il les acquiert.

A quels fruits a droit l'usufruitier ? — L'usufruitier a droit aux fruits proprement dits et non aux produits de la chose. Nous avons expliqué plus haut cette distinction (1). Nous n'y reviendrons pas de nouveau ; elle ressortira d'ailleurs plus nettement encore des explications que nous allons donner dans l'alinéa suivant.

Bornons-nous à constater, pour le moment, que l'usufruitier n'a pas droit au trésor qui pourrait être découvert dans le fonds, par un autre, pendant la durée de l usufruit (art. 598). Il n'aurait pas droit non plus à la prime ou au lot que produirait le remboursement d'une obligation de la ville de Paris ou du Crédit foncier (2).

(1) Voir *suprà*, p. 399.
(2) Mais, d'après la jurisprudence, la jouissance de ce surcroît de capital doit être reconnue à l'usufruitier (Cass., 14 mars 1877, D. 77.1.353).

Comment l'usufruitier acquiert les fruits. — *Distinction nécessaire.* — Il faut distinguer les fruits naturels, les fruits industriels et les fruits civils (1).

Acquisition des fruits naturels et industriels. — Les fruits naturels et industriels s'acquièrent par la perception.

Il en résulte deux conséquences :

1° Les fruits pendants par branches ou par racines, au moment où l'usufruit est ouvert, appartiennent à l'usufruitier

2° Ceux qui sont dans le même état, au moment où finit l'usufruit, appartiennent au propriétaire.

Et dans l'un et l autre cas, aucune indemnité n'est due en raison des frais de semences et de labours (art. 585).

Cette dernière solution a été donnée pour éviter les difficultés et les procès que pourrait occasionner un règlement de compte de ce genre entre un usufruitier et un propriétaire.

Acquisition des fruits civils. — Les fruits civils sont réputés s'acquérir jour par jour. Ils appartiennent à l'usufruitier en proportion de la durée de son usufruit indépendamment de l époque à laquelle ils sont perçus (art. 586)

Remarques. — Deux remarques compléteront nos explications sur les droits de l'usufruitier :

1° L'usufruitier profite de toutes les servitudes et généralement de tous les droits dont le propriétaire peut jouir à l'occasion de l'immeuble sur lequel porte son droit (art. 597).

2° L'usufruitier jouit de l'augmentation survenue par alluvion à l'objet dont il a l'usufruit, mais il ne profite pas des autres accroissements qui peuvent survenir, tels que les îles ou les îlots qui se forment dans le cours d eau (art. 596).

2° *De l'examen de certains cas particuliers.*

Enoncé. — Nous allons déterminer les droits de l'usufruitier, lorsque l'usufruit a pour objet une rente viagère, des arbres, des carrières ou des mines

I. Usufruit portant sur une rente viagère. — *Hypothèse rare.* — Il est rare, dans la pratique, qu'un droit d'usufruit soit établi sur une rente viagère : cela ne peut guère se rencontrer que dans le cas où un enfant mineur est titulaire d'une semblable rente ; le père ou la mère exercera sur cette rente son droit de jouissance légale. Cela peut se produire également comme consé-

(1) Voir *suprà*, la définition de ces fruits, p. 399.

quence d'un régime matrimonial, dans les rapports du mari et de la femme.

Solution donnée par l'article 588. — Lorsqu'un pareil usufruit est établi, la question est embarrassante de déterminer l'étendue des droits de l'usufruitier. La difficulté vient de ce que les arrérages d'une rente viagère ne représentent pas purement et simplement les intérêts du capital qui a servi à l'établissement de la rente : ils comprennent en outre une partie du capital lui-même. De grandes controverses s'étaient élevées à ce sujet dans notre ancien droit (1). Les rédacteurs du Code y ont mis fin par une solution très simple : ils ont reconnu à l'usufruitier le droit de percevoir les arrérages de la rente, sans être tenu à aucune restitution (art. 588).

Il faudrait donner la même solution au cas d'usufruit établi sur un autre usufruit ou sur un droit de bail à ferme. L'usufruitier aurait droit à percevoir les fruits sans avoir aucune restitution à faire (2).

II. Usufruit portant sur des arbres. — *Distinction suivant la nature des arbres.* — Les droits de l'usufruitier varient suivant qu'il s'agit d'un bois taillis ou d'un bois de haute futaie, d'une pépinière ou d'arbres fruitiers.

a) **Bois taillis**. — *Définition.* — On entend par bois taillis ceux qui naissent et renaissent périodiquement plusieurs fois dans la vie de l'homme.

Caractère des coupes. — En raison de leur caractère de périodicité, les coupes à faire dans ces bois sont considérées par la loi comme formant de véritables fruits. L'usufruitier y a toujours droit, que le bois ait été aménagé ou qu'il ne l'ait pas été, avant le commencement de l'usufruit.

Mode d'exploitation. — Le mode d'exploitation de ces bois varie d'après la distinction suivante (art. 590) :

Si le bois avait été aménagé avant son entrée en jouissance, l'usufruitier devra se conformer à cet aménagement en ce qui concerne l'ordre et la quotité des coupes à faire.

Si le bois n'avait pas été aménagé avant l'entrée en jouissance de l'usufruitier, ce dernier devrait se conformer à l'usage constant des propriétaires de la région pour les bois de même nature.

Baliveaux. — On entend par baliveaux des arbres porte-graines

(1) Consulter à cet égard Marcadé, *Revue critique*, 1851, I, p. 444.
(2) Dans ce sens, Aubry et Rau, II, n° 130.

que l'on réserve dans une coupe pour les laisser croître et contribuer par leurs semences à la perpétuité du taillis.

L'usufruitier doit les respecter. Il ne peut les couper que si les anciens propriétaires étaient dans l'usage de les abattre, et en observant à cet égard l'époque à laquelle cette coupe a lieu d'après cet usage.

b) **Bois de haute futaie.** — *Définition.* — Les arbres de haute futaie sont ceux auxquels on laisse atteindre leur complet développement avant de les couper.

On distingue : les demi-futaies qui ont de quarante à soixante ans ; les jeunes hautes futaies qui ont de soixante à cent vingt ans ; les hautes futaies, de cent vingt à deux cents ans, et vieilles futaies de plus de deux cents ans (1).

Caractère des coupes. — Les bois de haute futaie doivent en principe être considérés comme un capital. On ne doit donc pas considérer leurs coupes comme des revenus périodiques, assimilables aux fruits. Il n'en est autrement que dans le cas où ils ont été mis en coupes réglées.

Les droits de l'usufruitier seront donc différents suivant les cas.

Bois mis en coupes réglées. — Lorsque le bois était mis en coupes réglées au moment de son entrée en jouissance, l'usufruitier a le droit de faire les coupes de bois, en se conformant aux époques et à l'usage des anciens propriétaires, soit que ces coupes se fassent périodiquement sur une certaine étendue de terrain, soit qu'elles se fassent d'une certaine quantité d'arbres pris indistinctement sur toute la surface du domaine (art. 591).

Bois non mis en coupes réglées. — Lorsque le bois n'était pas aménagé en vue de coupes périodiques au moment de l'entrée en jouissance de l'usufruitier, il ne peut toucher aux arbres de haute futaie.

Il peut seulement employer les arbres arrachés ou brisés par accident pour faire les réparations dont il est tenu (2). Il peut même à cet effet, en faire abattre s'il est nécessaire, mais à la charge d'en faire constater la nécessité avec le propriétaire (art. 592).

Il peut aussi prendre dans les bois des échalas pour les vignes ou pour les arbres fruitiers. Il peut également prendre sur les

(1) Voir Dictionnaire Larousse au mot *Futaie*.

(2) Mais il ne pourrait pas les vendre à son profit ni les employer à tout autre usage, par exemple pour son chauffage.

arbres les produits annuels ou périodiques des arbres ; le tout suivant l'usage du pays ou la coutume des propriétaires (art. 593).

Caractère distinctif de la mise en coupe réglée. — En raison de l'intérêt considérable que la question présente, il pourra y avoir discussion en pratique sur le point de savoir si tel acte d'exploitation constitue une mise en coupe réglée d'un bois. On devra reconnaître qu'un semblable aménagement existe principalement à cette circonstance que le propriétaire a voulu s'assurer un revenu régulier et périodique par l'exploitation telle qu'il l'a pratiquée (1).

c) **Arbres des pépinières.** — Ces arbres étant destinés à être vendus, l'usufruitier a le droit d'extraire de la pépinière, à cet effet, tous ceux qu'il peut en tirer sans la dégrader, pourvu qu'il se conforme aux usages des lieux pour leur remplacement (art. 590).

d) **Arbres fruitiers.** — En dehors des fruits de ces arbres qui sont des fruits proprement dits, la loi attribue à l'usufruitier les arbres eux-mêmes, lorsqu'ils meurent, lorsqu'ils sont arrachés ou brisés par accidents, à la charge de les remplacer par d'autres (art. 594).

III. Usufruit portant sur une carrière. — Lorsque l'usufruit est établi sur une carrière, pour déterminer le droit de l'usufruitier, il faut distinguer si la carrière était ou non mise en exploitation au moment où l'usufruit a commencé.

Si la carrière était en exploitation à ce moment, les produits de cette exploitation ont le caractère de fruits et l'usufruitier a droit de les percevoir, comme il perçoit les fruits naturels.

Au contraire, si la carrière n'était pas en exploitation, l'usufruitier n'y aurait aucun droit. Tout au plus pourrait-on lui reconnaître la faculté d'extraire les pierres nécessaires aux réparations dont il est tenu, par analogie avec ce que la loi décide dans l'article 592 pour les arbres de haute futaie.

IV. Usufruit portant sur une mine. — *Distinction.* — En combinant l'article 598 avec les règles établies par la loi du 21 avril 1810 sur le régime des mines, on est amené à distinguer suivant que la mine avait ou non été concédée avant le commencement de l'usufruit.

Mine concédée avant l'ouverture de l'usufruit. — Dans ce cas, une sous-distinction s'impose suivant que la concession avait été faite au propriétaire du sol ou à un tiers.

(1) Aubry et Rau, II, § 230 et note 27.

Si la mine avait été concédée au propriétaire du sol, l'usufruitier pourrait en continuer l'exploitation en son nom personnel, sans avoir besoin d'une nouvelle concession, comme sous l'empire du Code civil (art 598, § 1).

Si la mine avait été concédée à un tiers, l'usufruitier aurait le droit de toucher la redevance tréfoncière pendant toute la durée de l'usufruit.

Mine non concédée au moment de l'ouverture de l'usufruit. — On peut supposer que cette mine, non concédée au moment de l'ouverture de l'usufruit, fasse l'objet d'une concession après l'entrée en jouissance de l'usufruitier. Ce dernier n'y aurait aucun droit Par conséquent, si la concession était faite à son profit, il serait tenu au paiement de la redevance tréfoncière à l'égard du nu propriétaire (1).

Et dans le cas où elle aurait lieu au profit d'un tiers, il ne pourrait pas bénéficier lui-même du paiement de ladite redevance, qui profiterait en totalité au nu propriétaire Tout au plus, pourrait-il réclamer une indemnité pour le dommage qu'il a pu éprouver dans l'exercice du droit d'usufruit par le fait de la recherche ou de l'exploitation de la mine.

3° *Actes juridiques que comporte l'exercice du droit d'usufruit.*

Principe général. — En principe, l'usufruitier a pouvoir pour faire tous les actes d administration que comporte l'exercice normal de son droit de jouissance

Passation de baux. — Il peut notamment au lieu d'exploiter lui même les immeubles ruraux ou d'habiter les maisons qui forment l'objet de l'usufruit, les donner à ferme ou à bail. Mais il est tenu de respecter, pour la durée de ces baux et pour l'époque de leur renouvellement, les règles établies pour le mari à l'égard des biens propres de la femme sous le régime de communauté, que la loi a également déclarés applicables au tuteur à l'égard des immeubles du pupille (2).

La durée du bail est de neuf ans. Lorsqu'il dépasse ce temps, on le divise en périodes de neuf ans, et le propriétaire n'est tenu de respecter le bail en cours, au moment où prend fin l'usufruit, que

(1) Voir *suprà*, p. 405.
(2) Voir *suprà*, p. 333.

pour ce qui reste à courir de la période de neuf ans dans laquelle on se trouve à ce moment.

Un bail en cours ne peut être renouvelé plus de deux ans avant la date de son expiration, s'il s'agit du bail d'un immeuble urbain ; plus de trois ans avant la même époque, lorsqu'il s'agit d'un bail rural (art 1429 et 1430).

Location de meubles. — L'usufruitier peut également donner en location les meubles sur lesquels porte son droit, à moins que cet acte ne soit de nature à exposer ces meubles à des dangers plus grands de détérioration. Cependant, même pour les meubles auxquels la location ferait courir des risques de dépérissement, la faculté de les louer doit être reconnue à l'usufruitier si c est le seul moyen d'en tirer parti, tels par exemple, que les livres d un cabinet de lecture ou des chevaux ou des voitures de louage etc...

Actes de disposit on et de poursuite. Certains actes de disposition rentrent également dans les pouvoirs de l'usufruitier. Telle est la vente des récoltes coupées ou à couper. Le nu-propriétaire serait tenu de respecter une semblable vente, même si la récolte était encore pendante par branches et par racines, à la fin de l'usufruit, pourvu qu'elle ait été faite sans fraude. Mais le prix de la vente reviendrait au nu-propriétaire pour toute la partie des fruits qui seraient encore sur pied au jour de l extinction de l'usufruit.

Lorsque l'usufruit a pour objet une créance, l'usufruitier peut en recevoir le paiement à l échéance ; il peut même agir contre le débiteur pour le contraindre à s'exécuter par les voies de droit, s'il ne le fait pas volontairement Mais il ne peut ni céder cette créance, ni consentir une novation, ni *a fortiori* accorder une remise de dette.

Cession du droit d'usufruit. — Enfin la loi reconnaît à l'usufruitier un droit exorbitant celui de céder son droit, soit à titre gratuit, soit à titre onéreux (art. 595) ; et, par voie de conséquence logique, l'article 2118 lui accorde aussi la faculté de constituer une hypothèque sur son droit d usufruit.

Les auteurs et la jurisprudence en ont conclu, non moins logiquement, que le droit d usufruit pouvait être saisi par les créanciers de l usufruitier, et vendu judiciairement dans leur intérêt.

Il faut d ailleurs remarquer que, dans le cas de vente d'un usufruit, le droit reste toujours fixé sur la tête de l'usufruitier, dont

(1) Aubry et Rau, II, § 230.

la vie sert toujours à déterminer la durée de l'usufruit et qui continue à être responsable vis-à-vis du nu-propriétaire. C'est plutôt l'exercice du droit, que le droit lui-même, qui passe au cessionnaire de l'usufruit.

4° *Sanction du droit d'usufruit.*

Actions réelles de l'usufruitier. — L'usufruitier, comme le propriétaire, a deux sortes d'actions pour sauvegarder l'exercice de son droit, lorsque ce droit a pour objet un immeuble : une action pétitoire et des actions possessoires.

L'action pétitoire qui appartient à l'usufruitier a un nom particulier ; on l'appelle *action confessoire.* Elle peut être intentée contre tout tiers détenteur, à l'effet de faire reconnaître le droit de l'usufruitier et de le faire mettre en possession de l'immeuble sur lequel il porte.

D'autre part, l'usufruitier peut intenter les mêmes actions possessoires qui compètent au possesseur d'un immeuble pour faire cesser le trouble apporté par un tiers à l'exercice de son droit.

Action personnelle résultant du titre constitutif. — En dehors de l'action réelle, qui est la sanction normale de son droit à l'encontre de tous, l'usufruitier aura souvent une action personnelle en délivrance à exercer contre celui qui détient le bien sur lequel l'usufruit est établi. Cette action personnelle est la conséquence même du titre constitutif de l'usufruit : donation, vente ou legs.

§ 3. — Des obligations de l'usufruitier.

Observation préalable. Comment l'usufruitier est-il tenu à des obligations envers le nu-propriétaire. — Au premier abord, il semble qu'aucun lien d'obligation ne devrait exister à la charge de l'usufruitier vis-à-vis du nu-propriétaire. En effet, l'usufruitier et le nu propriétaire sont l'un et l'autre titulaires d'un droit réel sur la chose qui forme l'objet du droit d'usufruit. Or, nous avons expliqué plus haut que l'exercice d'un droit réel n'impose à personne l'obligation d'accomplir un fait positif ; il commande à tous une simple attitude passive.

Tout le monde doit souffrir cet exercice, mais personne n'est tenu de le faciliter par un acte quelconque.

Il semblerait donc que tout ce que le nu-propriétaire pût exiger de l'usufruitier, c'est qu'il ne portât pas atteinte à son droit de

propriété, et l'usufruitier du nu-propriétaire, c'est qu'il le laissât jouir librement de son droit.

C'est bien là, en effet, la vraie solution résultant des principes, et c'est celle qui, nous le verrons, régit encore la situation du nu-propriétaire.

S'il en est autrement pour l'usufruitier, c'est par l'histoire qu'on peut l'expliquer.

Origine historique des obligations de l'usufruitier. — Les obligations qui incombent à l'usufruitier tirent leur origine d'une institution prétorienne, la *cautio usufructuaria*. Pour donner au nu-propriétaire des garanties plus sérieuses, à l'égard de l'usufruitier, que celles qui résultaient pour lui de son droit réel de propriété, le préteur imposa à l'usufruitier, avant son entrée en jouissance, l'obligation de promettre au nu propriétaire, par contrat de stipulation, avec adjonction de fidéjusseurs, qu'il jouirait de la chose en bon père de famille et qu'il la restituerait à la fin de l'usufruit.

L'usage de cette convention devint si fréquent qu'on finit par la sous entendre dans notre ancien droit.

Et c'est ainsi que les rédacteurs du Code l'adoptèrent à leur tour.

En résumé donc, les obligations qui incombent à l'usufruitier résultent d'une convention que la loi suppose intervenue entre l'usufruitier et le nu-propriétaire, et non du droit d'usufruit lui-même.

Distinction fondamentale. — Comme pour le tuteur, on peut diviser les obligations de l'usufruitier en trois catégories :

a) Obligations antérieures à l'entrée en jouissance ;

b) Obligations pendant la jouissance ;

c) Obligations à la fin de l'usufruit.

Nous consacrons un paragraphe à l'étude des deux premières obligations, mais nous renverrons l'examen des dernières au moment où nous ferons connaître les conséquences de l'extinction de l'usufruit.

a) *Obligations antérieures à l'entrée en jouissance.*

Double obligation. — Avant son entrée en jouissance, l'usufruitier est tenu d'une double obligation :

1° Faire dresser inventaire des meubles et un état des immeubles (art. 600).

2° Fournir une caution de jouir en bon père de famille (art. 601).

I. Inventaire des meubles et état des immeubles. — *But.* — L'usufruitier ne peut entrer en jouissance qu'après avoir fait dresser un inventaire des meubles et un état des immeubles, sujets à l'usufruit. Cette double formalité lui est imposée à l'effet de bien déterminer la mesure de l obligation de restituer qui lui incombera à la fin de l'usufruit.

Forme de l'inventaire ou de l'état. — L'inventaire ou l'état dont il s'agit peut être fait par acte sous seing privé, lorsque les parties sont majeures ; dans le cas contraire, il doit être passé par devant notaire, aux frais de l'usufruitier.

Sanction du défaut d'inventaire ou d'état. — La sanction de cette double formalité réside d'abord, dans le droit pour le nu-propriétaire de se refuser à faire délivrance des biens grevés d'usufruit.

De plus, si le nu propriétaire a consenti à la délivrance, sans exiger au préalable l accomplissement de cette formalité, l'usufruitier sera présumé avoir reçu les immeubles en bon état, et quant aux meubles, on pourra faire contre lui la preuve de leur consistance, même par témoins, quelle que soit la valeur.

Dispense d'inventaire ou d'état. — Celui qui constitue un usufruit peut dispenser l usufruitier de la formalité de l'inventaire et de l'état ; cela n'empêche pas d ailleurs le nu-propriétaire d'y faire procéder à ses frais en présence de l'usufruitier, pour la sauvegarde de ses droits

II. Caution de jouir en bon père de famille. — *En quoi consiste la caution.* — L'usufruitier doit fournir caution ; cela veut dire qu il doit fournir une personne qui prendra l'engagement envers le nu propriétaire de lui garantir la restitution des objets mobiliers, soumis au droit d'usufruit et les dégradations que l'usufruitier pourrait commettre sur les immeubles.

Cette personne devra réunir toutes les conditions exigées par la loi de toute caution en général (art. 2018 à 2020), c'est à-dire être capable, solvable et domiciliée dans le ressort de la cour d'appel.

Garanties qui peuvent remplacer la caution. — L'usufruitier peut à la place d'une caution fournir un gage ou toute autre sûreté équivalente, tel que le dépôt d'une somme ou d'un titre de rente à la caisse des dépôts et consignations ou une constitution d'hypothèque (1).

(1) En sens contraire, Aubry et Rau, II, n° 229 et note.

Des conséquences de l'impossibilité pour l'usufruitier de fournir caution. — Le législateur a prévu le cas, qui peut arriver assez souvent où l usufruitier se trouve dans l'impossibilité de fournir caution. Il n en résulte pas pour lui la perte de son droit de jouissance. Il eût été bien rigoureux de le priver de ce droit parce qu'il est dans la gêne et ne peut trouver de répondant. Mais, d'un autre côté, il fallait sauvegarder les légitimes intérêts du propriétaire.

En vue de concilier les droits de l'un et de l autre, voici les solutions édictées par la loi (art 602 et 603) :

1° Les immeubles sont donnés à bail et on prend des mesures pour assurer l exécution des réparations d'entretien : ou bien ils sont confiés à un séquestre qui ne verse à l'usufruitier que l'excédent des revenus. après avoir déduit les frais d exploitation ;

2° Les sommes comprises dans l'usufruit sont placées, et les denrées sont vendues et le prix en provenant est pareillement placé. L'usufruitier touche les intérêts de ces sommes ;

3° En ce qui concerne les meubles qui dépérissent par l'usage, le nu-propriétaire peut exiger qu'ils soient vendus et que le prix en soit placé. l usufruitier jouira de l intérêt de cette somme pendant la durée de son usufruit.

Cependant, la loi autorise les tribunaux à décider sur la demande de l'usufruitier, et en tenant compte des circonstances, qu'une partie des meubles nécessaires à son usage lui sera délaissée sous sa simple *caution juratoire* et à la charge de les représenter à l'extinction de l'usufruit.

On entend par caution juratoire l'engagement que prend l'usufruitier, sous la foi du serment, de restituer les meubles dont il s'agit à la fin de l'usufruit.

Du retard à fournir caution. — Le retard de donner caution ne prive pas l'usufruitier des fruits auxquels il peut avoir droit ; ils lui sont dus dès le jour où l'usufruit a été ouvert (art. 604).

Dispenses de fournir caution. — *Dispenses résultant de la loi.* — Sont dispensés de fournir caution d'après la loi :

1° Les *père et mère*, pour l'exercice du droit de jouissance légale. La loi compte sur les sentiments d affection naturelle des parents à l'égard de leurs enfants. D'ailleurs. lorsque le père ou la mère exerce la tutelle par suite du décès de l'autre parent, l'enfant trouve une garantie suffisante dans l'hypothèque légale qui lui appartient sur tous les immeubles de son tuteur (art. 601) ;

2° Le *mari*, pour l'exercice de son droit de jouissance sur les biens propres de la femme, sous le régime de communauté et sous

le régime exclusif de communauté, et sur les biens dotaux sous le régime dotal (art. 1550).

3° Le *donateur* ou le *vendeur* d'un immeuble avec réserve d'usufruit (1). La loi les dispense de la caution par interprétation de la volonté des parties. L'acheteur de l'immeuble a pu se rendre compte de la façon dont son auteur administrait l'immeuble : dès lors, s'il n'a exigé de lui aucune garantie pour l'exercice de l'usufruit qu'il se réservait dans le contrat, on peut présumer que c'est parce qu'il a eu confiance en lui.

D'ailleurs, au cas de donation, le caractère gratuit de l'acte suffirait à lui seul pour expliquer la dispense de la caution.

Dispenses établies par le constituant. — Celui qui constitue un usufruit peut toujours dispenser l'usufruitier de fournir caution. Cette dispense est fréquente au cas de legs d'usufruit.

Elle peut être expresse ou tacite ; et elle peut avoir lieu même lorsque les biens sur lesquels l'usufruit est établi font partie de la réserve des héritiers. Car la loi n'apporte aucune restriction au droit du constituant à cet égard (art. 601) (2).

Cas où cesse la dispense de la caution. — La dispense de fournir la caution cesse au cas où des changements graves survenus dans la situation personnelle de l'usufruitier sont de nature à mettre en péril les intérêts du nu-propriétaire ; il en est ainsi, par exemple, au cas de faillite, de liquidation judiciaire ou de déconfiture (argument tiré des art. 1118 et 913), comme au cas où l'usufruitier commettrait un abus de jouissance pouvant faire craindre des détournements (argument *a fortiori* tiré de l'art. 618).

Enfin, d'après la loi du 3 mai 1841 sur l'expropriation pour cause d'utilité publique, lorsque l'immeuble sur lequel porte le droit d'usufruit est exproprié, comme l'usufruit se trouve être transformé en un quasi-usufruit sur l'indemnité d'expropriation, la dispense de la caution cesse, sauf en ce qui concerne les père et mère pour leur droit de jouissance légale (4).

b) *Obligations de l'usufruitier pendant sa jouissance.*

Trois groupes d'obligations. — On peut ramener à trois les

(1) Cette exception doit être appliquée restrictivement ; c'est ainsi qu'elle ne devrait pas être étendue à l'acheteur ou au donataire d'usufruit. D'ailleurs, la raison donnée au texte n'existerait pas dans ce cas.

(2) Aubry et Rau, § 229 ; Cass., 5 juillet 1876, D. 77.1.277.

(3) Sur tous ces points, Aubry et Rau, § 229 et notes 29 et 30.

(4) Voir à cet égard notre *Manuel de droit administratif*, p. 351.

obligations qui incombent à l'usufruitier pendant la durée de sa jouissance :

1° Conserver la substance de la chose ;

2° Jouir en bon père de famille ;

3° Supporter les charges usufructuaires ;

Nous allons développer ces trois points successivement.

I. Obligation de conserver la substance de la chose. — Cette obligation est indiquée par la loi dans la définition même qu'elle donne de l'usufruit, dans l'article 578, « à charge d'en conserver la substance ».

Conséquences qui en résultent. — Cette obligation engendre notamment les conséquences suivantes :

1° L'usufruitier ne peut détruire l'objet sur lequel porte son droit ; par exemple, démolir la maison ;

2° Il ne peut changer la destination de cette chose ; par exemple, transformer une terre labourable en bois, ou inversement, faire d'une maison d'habitation une usine, etc. ;

3° Il ne peut pas davantage modifier la forme constitutive de cette chose, par exemple, la configuration extérieure des constructions, ni même, en général, leur aménagement intérieur (1).

II. Jouir en bon père de famille. — C'est l'obligation principale qui incombe à l'usufruitier et à laquelle on pourrait en définitive rattacher toutes les autres. Par bon père de famille, on entend un bon administrateur, soucieux de ses intérêts. A cet égard, l'usufruitier serait responsable des fautes qu'une semblable personne ne commettrait pas dans l'exercice de ses droits. *Culpa levis in abstracto* des jurisconsultes romains.

Conséquences qui en résultent. — De l'obligation de jouir en bon père de famille résultent les conséquences suivantes :

1° Il doit jouir de la chose en évitant de compromettre sa force productive dans l'unique but d'augmenter son revenu annuel. C'est ainsi qu'il doit ménager la fertilité du sol en observant le principe de restitution qui gouverne l'industrie agricole (2) ;

2° Il doit veiller à la garde et à la conservation de la chose ; il serait responsable de la perte, des dégradations ou des détériorations qui seraient dues à sa faute ou à sa négligence.

C'est dans les mêmes conditions que le nu-propriétaire pourrait lui demander compte de l'incendie survenu à l'immeuble.

(1) Aubry et Rau, § 534.
(2) Voir sur ce point notre *Manuel d'économie politique*, p. 68 et suiv.

Cependant, l'usufruitier n'est pas tenu de contracter une assurance pour l'immeuble (1);

3° Il doit empêcher que des prescriptions ne s'accomplissent au détriment des biens soumis à son usufruit, notamment, en exerçant les servitudes actives des immeubles pour empêcher qu'elles ne s'éteignent par non-usage.

4° Il doit dénoncer au nu-propriétaire les usurpations au fonds ou les atteintes quelconques à ses droits qui pourraient être commises par des tiers, pendant la durée de son usufruit. Sinon, il est responsable de tout le dommage qui peut en résulter pour le propriétaire, comme il le serait des dégradations commises par lui-même (art 619).

III. Obligation de supporter les charges usufructuaires. — *Définition.* — On entend par charges usufructuaires certaines dépenses, présentant un caractère périodique, dont quelques-unes sont même annuelles, que l'usufruitier doit acquitter, parce qu'il est d usage de les prélever sur les revenus

Enumération. — Rentrent dans les charges usufructuaires :

1° *Les réparations d'entretien.* — Elles incombent à l'usufruitier, tandis que les grosses réparations demeurent à la charge du propriétaire, à moins qu'elles n'aient été occasionnées par le défaut de réparations d'entretien, depuis l'ouverture de l'usufruit ; auquel cas l'usufruitier en est aussi tenu (art. 605)

La loi a déterminé ce qu'il faut entendre par grosses réparations : ce sont celles des gros murs et des voûtes, le rétablissement des poutres et des couvertures entières, celui des digues et des murs de soutènement et de clôture également en entier. Toutes les autres réparations sont des réparations d'entretien (art. 606).

La loi ajoute que ni le propriétaire ni l'usufruitier ne sont tenus de rebâtir ce qui est tombé de vétusté, ou ce qui a été détruit par cas fortuit (art. 607).

2° *Charges annuelles des immeubles.* — L'usufruitier est tenu pendant sa jouissance, de toutes les charges annuelles des immeu-

(1) Si l'usufruitier avait fait assurer l'immeuble dans la mesure seulement de son droit d'usufruit, l'indemnité d'assurance lui appartiendrait en propre en cas d'incendie; s'il l'avait fait assurer pour la propriété elle-même, l'usufruitier aurait droit seulement à la jouissance du capital versé par la Compagnie ; quant au capital il devrait revenir au propriétaire, à la fin de l'usufruit, sous déduction des primes payées. Dans ce sens, Aubry et Rau, § 231 et note 9.

bles (1). telles que les contributions foncières, celles des portes et fenêtres, les taxes de balayage, du tout à l'égout et autres qui, dans l'usage, sont censées charges des fruits (art. 608).

3° *Charges extraordinaires imposées à la propriété*. — Les charges qui peuvent être imposées à la propriété pendant la durée de l'usufruit (contributions de guerre, taxes de pavage, taxe pour l'établissement des trottoirs, frais de clôture forcée ou de bornage, etc.) sont supportées par l'usufruitier et le propriétaire de la manière suivante : le propriétaire est obligé de les payer et l'usufruitier doit lui tenir compte des intérêts ; si elles sont avancées par l'usufruitier, il a droit à la répétition du capital à la fin de l'usufruit, sans intérêt (art. 609).

4° *Frais des procès*. — Lorsqu'un procès a lieu concernant le droit de jouissance seul, l'usufruitier doit supporter entièrement les frais auxquels le procès a pu donner lieu (art. 613).

Si le procès porte sur la pleine propriété, et qu'il ait été perdu par l'usufruitier et le nu-propriétaire, mis tous deux en cause par le revendiquant, les frais doivent être supportés par tous les deux, en ce qui concerne le capital de ces frais par le nu-propriétaire, et en ce qui concerne les intérêts de ce capital par l'usufruitier, conformément à l'article 609. Cependant, si la perte du procès avait pour conséquence la suppression du droit de l'usufruitier, l'un et l'autre supporteraient le paiement des frais par part égale.

Enfin, si l'usufruitier ou le nu-propriétaire avait figuré seul au procès, il devrait supporter exclusivement les frais auxquels il aurait été condamné (2).

Contribution de l'usufruitier au paiement des dettes de la succession du constituant. — *Position de la question*. — La loi suppose que l'usufruit a été établi par testament, et elle détermine dans quelle mesure, en pareil cas, l'usufruitier est tenu au paiement des dettes héréditaires, d'après la distinction suivante.

Légataire d'un usufruit à titre particulier. — La loi entend par là celui auquel le défunt a légué l'usufruit de biens particuliers. Il n'est pas tenu de contribuer au paiement des dettes de la succession.

Si l'immeuble sur lequel l'usufruit est établi est hypothéqué, l'usufruitier pourra être poursuivi, en qualité de tiers détenteur ;

(1) D'ailleurs, c'est l'usufruitier, et non le nu-propriétaire, qui figure nominativement au rôle de la contribution foncière et des portes et fenêtres.

(2) Sur tous ces points, Aubry et Rau, § 232.

mais s'il paie la dette pour éviter la saisie, il pourra en réclamer le montant aux héritiers du défunt (art. 611).

Légataire d'un usufruit universel ou à titre universel. — Celui auquel a été légué l'usufruit de toute la succession, ou d'une quote-part de la succession, telle qu'une moitié, un quart, etc., est tenu de contribuer aux dettes héréditaires, au point de vue des intérêts, soit pour le tout, soit pour la quote-part qui lui revient dans la succession. En pratique, voici comment les choses se passeront :

Si l'usufruitier veut avancer la somme pour laquelle il doit contribuer, le capital lui en est restitué à la fin de l'usufruit, sans intérêt.

Si l'usufruitier ne veut pas faire cette avance, le nu-propriétaire a le choix, ou de payer cette somme, et, dans ce cas, l'usufruitier lui tient compte des intérêts pendant la durée de l'usufruit, ou de faire vendre jusqu'à due concurrence une portion des biens soumis à l'usufruit (art. 612).

Paiement d'une rente viagère ou d'une pension alimentaire. — Le legs fait par un testateur d'une rente viagère ou d'une pension alimentaire doit être acquitté par le légataire universel de l'usufruit dans son intégralité, et par le légataire à titre universel de l'usufruit dans la proportion de sa jouissance, sans aucune répétition de leur part (art. 610).

Du cas particulier d'un usufruit établi sur un troupeau. — *Droits de l'usufruitier.* — L'usufruitier d'un troupeau a droit aux produits naturels des animaux qui comprennent : lait, laine, engrais, croît.

Il a la faculté de disposer des animaux qui seraient devenus impropres à la reproduction, à condition de les remplacer.

Il a droit de garder les peaux des bêtes qui sont mortes, lorsqu'il les a remplacées.

Obligations de l'usufruitier. — L'usufruitier d'un troupeau a pour principale obligation de tenir le troupeau au complet, de façon à rendre à la fin de l'usufruit le même nombre de têtes de bétail qu'il en avait reçu. Il doit employer au remplacement des bêtes qui périssent, non seulement les bêtes en sa possession, provenant du croît antérieur, et du croît futur, mais encore le prix du croît antérieur qu'il aurait vendu à une époque où le troupeau était au complet (1).

Si le troupeau périt entièrement par accident ou par maladie,

(1) Dans ce sens, Aubry et Rau, § 530 et note 16.

sans la faute de l'usufruitier, il n'est tenu de rendre au propriétaire que les peaux de ces animaux ou leur valeur (art. 616).

§ 4. — Des droits et des obligations du nu-propriétaire.

Droits du nu-propriétaire. — Le nu-propriétaire a, sur la chose grevée d'usufruit, un droit de propriété, dépourvu de deux de ses avantages, le *jus utendi* et le *jus fruendi*. Il conserve le *jus abutendi* qui lui permet de vendre l'immeuble, ou de le grever de servitudes ou d'hypothèques. Mais tous ces actes n'apportent aucun changement à la situation de l'usufruitier (art. 621).

Le nu-propriétaire peut faire sur l'immeuble tous les actes nécessaires ou utiles à sa conservation ; telles que les grosses réparations, la reconstruction des murs ou des bâtiments sans être tenu à aucune indemnité à l'égard de l'usufruitier, même s'il devait en résulter une gêne à son préjudice.

Enfin, il peut actionner l'usufruitier en justice pour le contraindre à exécuter les obligations dont il est tenu pendant la durée de sa jouissance.

Obligations du nu-propriétaire. — *Principe général.* — Le nu-propriétaire n'est tenu que d'une obligation purement négative à l'égard de l'usufruitier ; il ne doit, par son fait, ni de quelque manière que ce soit, nuire aux droits de l'usufruitier (art. 599, § 1). Il doit le laisser jouir. Mais, à la différence du bailleur vis-à-vis du locataire ou du fermier, il n'est pas tenu de l'obligation positive de le faire jouir, l'usufruitier ayant un droit réel sur la chose, et non un droit de créance contre le nu-propriétaire.

De la question spéciale des grosses réparations. — Cette question des obligations du nu-propriétaire à l'égard de l'usufruitier se pose notamment à l'occasion des grosses réparations qui peuvent devenir nécessaires pendant la durée de l'usufruit. L'usufruitier peut-il contraindre le nu-propriétaire à les faire ? La question est discutée.

Dans une première opinion, on reconnaît à l'usufruitier le droit d'agir contre le nu propriétaire.

A l'appui de cette opinion, on invoque deux arguments de texte :

D'abord, l'article 605 qui déclare formellement que « les grosses réparations demeurent à la charge du propriétaire ».

Ensuite, l'article 607 qui décide que le propriétaire n'est pas tenu de rebâtir ce qui est tombé de vétusté ou par cas fortuit. Cet

article, dit-on, serait inutile, si le propriétaire ne pouvait pas être contraint à faire les grosses réparations.

L'opinion contraire est plus généralement enseignée en doctrine et elle est suivie d'une manière constante par la jurisprudence.

Pour la justifier, on s'appuie en premier lieu sur la nature du droit de l'usufruitier, qui, étant un droit réel n'entraîne aucune obligation positive pour personne. On fait observer, en outre, que l'article 600 en décidant que « l'usufruitier prend les choses dans l'état où elles sont » dispense par là le nu-propriétaire de faire les grosses réparations dont le besoin se fait sentir au moment où l'usufruit commence. Dès lors, il est inadmissible qu'il puisse être condamné à exécuter les mêmes réparations lorsqu'elles deviennent nécessaires pendant le cours de la jouissance.

Quant à l'article 605, en disant que les grosses réparations demeurent à la charge du propriétaire, il veut dire simplement par là que l'usufruitier ne peut être contraint à les faire comme il peut être contraint à faire les réparations d'entretien. Quant à l'article 607, il ne fait que confirmer, en ce qui concerne les reconstructions, la solution que nous donnons pour les grosses réparations, loin de fournir un argument en sens inverse.

La solution contraire serait d'ailleurs, dans certains cas, bien sévère pour le propriétaire ; il serait bien rigoureux de l'obliger à réparer de gros murs ou à rétablir une couverture entière d'une maison qu'il aura le projet de démolir quand l'usufruit aura pris fin.

§ 5. — De l'extinction de l'usufruit.

Deux questions à examiner dans ce paragraphe. — Il y a lieu de déterminer successivement :

a) Quelles sont les causes qui mettent fin au droit d'usufruit ?

b) Quelles sont les conséquences de l'extinction de l'usufruit ?

a) *Causes d'extinction de l'usufruit.*

Causes nombreuses. — Les causes d'extinction de l'usufruit sont assez nombreuses ; elles sont énumérées dans la section III du chapitre de l'usufruit, de l'article 617 à l'article 624 ; nous allons les étudier successivement.

1° **Mort de l'usufruitier.** — C'est la cause normale d'extinction de l'usufruit ; c'est, de plus, un mode d'extinction qui tient à l'essence même de l'usufruit. Ainsi, on ne pourrait pas convenir

que l'usufruit sera transmissible aux héritiers de l'usufruitier (1). Dans la conception du Code civil, la jouissance ne peut pas indéfiniment rester séparée de la propriété

Lorsque l'usufruit est établi au profit d'une personne morale, il cesse, soit quand la personne morale s'éteint. soit, de toute façon, au bout de trente ans, sans qu'une clause contraire puisse l'étendre au delà de trente ans (art. 619).

2° **Arrivée du terme.** — Au lieu d'être établi pour toute la vie de l'usufruitier, l'usufruit peut être établi pour un temps déterminé ; dans ce cas, l'usufruit prend fin à l'expiration du temps pour lequel il a été accordé ; même dans ce cas, l'usufruit cesse par la mort de l'usufruitier si son décès se produisait avant l'arrivée du terme indiqué.

Lorsque l'usufruit est accordé jusqu'à ce qu'un tiers ait atteint un âge fixé, il dure jusqu à cette époque, encore que le tiers soit mort avant cet âge (art. 620), à moins que l'usufruitier ne meure lui-même antérieurement. Ce n'est là d'ailleurs qu'une pure interprétation de volonté que le constituant peut toujours écarter par une clause formelle.

3° **Consolidation ou confusion.** — On dit qu'il y a consolidation lorsqu'il y a réunion sur la même tête des deux qualités d usufruitier et de propriétaire.

Cela peut se produire dans deux cas : ou bien lorsque l'usufruitier acquiert la nue propriété, par exemple, en héritant du nu-propriétaire ou de toute autre façon ; ou bien inversement lorsque le nu-propriétaire acquiert l'usufruit.

Il y a plutôt obstacle à l'exercice de l'usufruit par la coexistence de deux qualités incompatibles qu'extinction du droit (2).

4° **Non-usage pendant trente ans.** — A la différence de la propriété qui ne s'éteint pas par le non-usage, l'usufruit s'éteint

(1) Cependant il est loisible au constituant d'établir l'usufruit au profit de plusieurs personnes, qui seront appelées successivement, les unes après les autres, à l'exercer. Mais alors il y a autant d'usufruits distincts que de personnes appelées à en bénéficier ; et chacune d elles tiendra directement son droit du constituant, en sorte que ces personnes devront être au moins conçues au moment de la mort du constituant, si c'est par testament que l'usufruit est établi, et au moment de la donation, si c'est par donation.

(2) On peut en tirer plusieurs conséquences : 1° les hypothèques établies par l'usufruitier ne s'éteignent pas et les créanciers hypothécaires peuvent faire vendre l'usufruit pour exercer leur droit de préférence ; 2° si l'acquisition réalisée, soit par le nu-propriétaire, soit par l'usufruitier, était annulée, l'usufruit renaîtrait.

par trente ans de non-jouissance de la part de l'usufruitier, sans qu'il soit nécessaire qu'il y ait possession pendant le même délai, par un tiers. C'est là une prescription extinctive soumise à toutes les règles ordinaires de la prescription, notamment au point de vue de la suspension et de l'interruption.

5° **Perte totale de la chose.** — La perte totale de la chose sur laquelle l'usufruit est établi entraîne l'extinction de l'usufruit, lorsqu'elle est le résultat d'un cas fortuit. Quand elle est la conséquence d'une faute imputable au nu-propriétaire, elle donne lieu à une indemnité en faveur de l'usufruitier.

Si l'usufruit n'est établi que sur un bâtiment et que ce bâtiment soit détruit par un incendie (1) ou autre accident, ou qu'il s'écroule de vétusté, l'usufruitier n'aura le droit de jouir ni du sol ni des matériaux. Si l'usufruit était établi sur un domaine, dont le bâtiment faisait partie, l'usufruitier jouirait du sol et des matériaux (art. 624).

Si une partie seulement de la chose soumise à l'usufruit est détruite, l'usufruit se conserve sur ce qui reste (art. 623).

6° **Déchéance pour abus de jouissance.** — *Quand il y a abus.* — Il y a abus de jouissance de la part de l'usufruitier, soit lorsqu'il commet des dégradations sur le fonds, soit lorsqu'il le laisse dépérir faute d'entretien (art. 618, § 1).

Comment est encourue la déchéance. — La déchéance de l'usufruit n'est pas encourue de plein droit ; une décision du tribunal est nécessaire.

D'ailleurs la loi laisse les juges libres de décider, suivant la gravité des circonstances, ou bien que l'usufruit sera éteint d'une façon absolue, ou bien que le nu-propriétaire, en reprenant la jouissance de son bien, restera tenu de payer annuellement à l'usufruitier ou à ses ayants cause, une somme déterminée jusqu'à l'instant où l'usufruit aurait dû cesser (art. 618, § 3).

Droit des créanciers de l'usufruitier. — La déchéance de l'usufruit est de nature à porter atteinte aux intérêts des créanciers de l'usufruitier. Aussi la loi leur reconnaît la faculté d'intervenir

(1) Si la maison a été assurée, à qui revient l'indemnité d'assurance ? Nous avons indiqué la solution plus haut en ce qui concerne l'assurance contractée par l'usufruitier (V *suprà*, p. 490, note 1). Si l'assurance a été contractée par le nu-propriétaire pour la pleine propriété, on considère qu'il a agi à la fois dans son intérêt et dans celui de l'usufruitier. l'usufruitier a droit à la jouissance de l'indemnité d'assurance pourvu qu'il rembourse au nu-propriétaire l'intérêt des primes qu'il a versées. Aubry et Rau, II, n° 234.

dans le procès pour la conservation de leurs droits ; pour éviter la déchéance, ils peuvent offrir de faire réparer les dégâts commis par l'usufruitier et donner des garanties pour l'avenir (art. 618, § 2).

7° **Renonciation de l'usufruitier.** — L'usufruitier peut renoncer à son droit, soit d'une façon expresse, soit même d'une façon tacite. Aucune règle particulière de forme n'est requise pour sa validité. Cependant, lorsque l'usufruit porte sur un immeuble, la renonciation n'est opposable aux tiers, d'après la loi du 23 mars 1855, qu'à partir de la transcription de l'acte qui contient la renonciation ou du jugement qui en constate l'existence.

La renonciation de l'usufruitier peut être attaquée par ses créanciers, lorsqu'elle est faite en fraude de leurs droits, à l'aide de l'action paulienne (art. 621) (1).

8° **Usucapion de dix à vingt ans.** — L'usufruitier peut encore cesser par l'effet indirect de la prescription acquisitive de dix à vingt ans. Il suffit, pour cela, de supposer qu'un tiers ait acquis de bonne foi (2) par vente, donation ou autrement, la pleine propriété de l'immeuble grevé d'usufruit, et l'ait possédé pendant ce temps, comme immeuble libre de toute servitude. Au bout de dix ans, si l'usufruitier est présent, de vingt ans s'il est absent, le possesseur aura acquis la propriété pleine et entière de l'immeuble (3).

Ce mode d'extinction ressemble à l'extinction par non-usage, en ce qu'ici comme là il faut supposer que l'usufruitier demeure un certain temps sans faire valoir son droit.

Mais il y a une double différence entre les deux cas :

1° Pour l'extinction par simple non usage, le délai est de trente ans, tandis que pour l'usucapion, il est de dix à vingt ans ;

2° Pour l'extinction par simple non-usage, le défaut d'exercice de son droit par l'usufruitier est la seule condition requise. C'est une prescription purement extinctive. Au contraire, pour l'usucapion de dix à vingt ans, il faut : la possession, le juste titre et

(1) Cet article dit « au préjudice de leurs droits », et beaucoup d'auteurs en ont conclu que la condition de fraude n'était pas exigée. Nous verrons plus tard, au t. II, que cette solution doit être rejetée.

(2) La bonne foi consiste ici dans l'ignorance du droit d'usufruit.

(3) Cette cause d'extinction n'est pas prévue formellement par la loi ; les auteurs l'ont admise par analogie avec la solution donnée par la loi en matière d'hypothèque par l'article 2180.

la bonne foi. C'est une prescription acquisitive de la pleine propriété de l'immeuble qui en éteint indirectement le droit d'usufruit.

Remarque. — Cette usucapion suit les mêmes règles que l'usucapion de la propriété : cependant il faudrait bien se garder de la confondre avec elle D'abord, il peut se faire que le possesseur n'ait pas besoin du secours de l'usucapion pour consolider son droit de propriété sur l'immeuble, s'il a acquis du véritable propriétaire. Dans ce cas, l'usucapion sera dirigée uniquement contre l'usufruitier.

En outre, même lorsqu'ayant acquis l'immeuble *a non domino* il aura besoin d'usucaper à la fois contre le véritable propriétaire, pour la propriété et contre l'usufruitier, pour obtenir la franchise de l'immeuble, les deux usucapions opéreront parallèlement sans se confondre ; le possesseur pouvant être de bonne foi à l'égard de l'un, de mauvaise foi à l'égard de l'autre ; l'un des deux pouvant être absent, l'autre présent.

b) *Conséquences de l'extinction de l'usufruit.*

Réunion de l'usufruit et de la nue propriété — L'effet immédiat de l'extinction de l usufruit est la réunion du droit de jouissance à la nue propriété ; de plein droit, et comme automatiquement, la propriété se trouve reconstituée en la personne du nu-propriétaire.

Restitutions qui en résultent. — Il en résulte que l'usufruitier ou ses héritiers sont tenus de restituer sans délai les biens sur lesquels portait l'usufruit.

Cette restitution, aura lieu en prenant pour base l'inventaire établi au début de l'entrée en jouissance, en ce qui concerne les meubles, et d'après l'état dressé au même moment, en ce qui concerne les immeubles.

L'usufruitier serait passible de dommages-intérêts pour les meubles qu'il ne pourrait pas représenter, à moins qu'il ne fasse la preuve qu'ils ont péri par cas fortuit.

Il serait également tenu à payer une indemnité au nu-propriétaire en raison, soit des détériorations ou des dégradations qu'il a commises sur l'immeuble, soit du dépérissement causé à l'immeuble par le défaut de réparations d'entretien.

En ce qui concerne les fruits, nous avons indiqué plus haut (1)

(1) Voir *suprà*, p. 494.

comment ils devaient se répartir entre le nu-propriétaire et l'usufruitier suivant qu'ils étaient naturels, industriels et civils. Nous n'avons pas à y revenir ici.

Aucune indemnité n'est due à l'usufruitier pour ses améliorations. — La loi refuse à l'usufruitier aucune indemnité pour les améliorations qu'il prétendrait avoir faites à la chose sur laquelle son droit était établi, encore que la valeur de la chose en fût augmentée (art. 599). Ainsi il a amendé les terres, il les a assainies par le creusement de fossés ou par le drainage, il a fait des peintures à la fresque sur les murs de la maison, etc.

Cette solution est bien rigoureuse ; elle est contraire à la règle d'équité élémentaire que nul ne doit s'enrichir au détriment d'autrui. On l'explique généralement en disant qu'elle est établie en vue d'éviter entre un usufruitier et un propriétaire des réclamations qui pourraient être difficiles à juger. Cette explication est bien faible

Tempéraments. — La rigueur de cette solution est tempérée par les deux règles suivantes :

1° L'usufruitier ou ses héritiers ont le droit d'enlever les glaces, tableaux et autres ornements qu'il aurait fait placer, pourvu qu'il rétablisse les lieux dans leur premier état (art. 599, § 2) ;

2° Il y aura lieu de déduire des dommages-intérêts qui peuvent être dus pour dégradations la valeur des améliorations. Car, le bien ne peut être censé détérioré que sous la déduction de ce dont il est amélioré (1).

Difficulté en ce qui concerne les constructions. — D'après la jurisprudence (2), il faut étendre aux constructions la solution donnée par la loi en ce qui concerne les améliorations. Une pareille extension est inadmissible.

La solution de l'article 599, en raison de son caractère exceptionnel, doit être interprétée restrictivement.

En ce qui concerne les constructions, il est équitable de traiter l'usufruitier au moins comme un constructeur de mauvaise foi et de lui faire application de l'article 555 ci-dessus expliqué.

Difficulté en ce qui concerne les grosses réparations exécutées par l'usufruitier. — Au contraire, la jurisprudence

(1) Pothier, *Du domaine*, n° 277 ; *De la propriété*, n° 350.
(2) Dans ce sens, Cass., 23 mars 1825, S. 25.1.414 ; Cass., 4 novembre 1885, D. 85.1.361. Il s'agissait en 1825 de constructions s'élevant à plus de 500.000 francs, en 1885 de constructions d'une valeur de 256.000 francs. Planiol, I, n° 1799.

reconnaît à l'usufruitier le droit de réclamer au nu-propriétaire une indemnité en raison des grosses réparations qu'il a fait exécuter, mais dans la mesure seulement de la plus-value qui en résulte au moment où l'usufruit prend fin.

Comment expliquer cette différence de solution entre les améliorations et les grosses réparations ? On la justifie en disant que les améliorations sont des dépenses simplement utiles tandis que les grosses réparations constituent les dépenses nécessaires dont la restitution est toujours due à celui qui les a faites.

Mais pourquoi ne donner à l'usufruitier que le montant de la plus-value et non le montant exact de la dépense, comme il est de règle en ce qui concerne les dépenses nécessaires ? C'est parce que la solution contraire aurait pour conséquence inadmissible de donner à l'usufruitier un moyen indirect d'imposer au nu-propriétaire la dépense des grosses réparations, qu'il ne peut, nous l'avons vu, le contraindre à exécuter.

CHAPITRE II. — DE L'USAGE ET DE L'HABITATION.

Division du chapitre. — Nous devons étudier successivement dans deux paragraphes : le droit d'usage et le droit d'habitation.

§ 1. — Droit d'usage.

Caractères juridiques. — Le droit d'usage présente les mêmes caractères que l'usufruit : c'est un droit réel, c'est un droit essentiellement viager, et c'est un démembrement de la propriété.

Comment s'établit le droit d'usage. — A la différence de l'usufruit, le droit d'usage n'est jamais légal ; il ne peut résulter que du fait de l'homme ; mais, sur ce dernier point, les modes d'établissement sont les mêmes pour l'usage et pour l'usufruit.

Des droits de l'usager. — En principe, le titre qui établit le droit d'usage en détermine l'étendue plus ou moins grande (art. 628 et 629).

Si le titre est muet à cet égard, celui qui a l'usage d'un fonds ne peut en percevoir les fruits qu'autant qu'il lui en faut pour ses besoins et ceux de sa famille. Par sa famille, il faut entendre les personnes qui touchent de très près à l'usager et qui vivent avec lui : Sa femme, ses enfants, même ceux qui lui sont survenus depuis la concession de l'usage, et ses domestiques (art. 630).

A la différence de l'usufruitier, l'usager ne peut ni céder, ni louer son droit à un autre (art. 631).

Obligations de l'usager. — L'usager est tenu des mêmes obligations que l'usufruitier : donner caution, faire des inventaires et des états (art. 626) ; jouir en bon père de famille (art. 527) ; il doit même supporter les frais de culture et le paiement des contributions annuelles, en totalité ou en partie, suivant qu'il absorbe tous les fruits du fonds ou une partie seulement de ces fruits (art. 635).

Extinction du droit d'usage. — L'usage s'éteint par les mêmes causes que l'usufruit (art. 625).

§ 2. — Du droit d'habitation.

Assimilation au droit d'usage. — Le droit d'habitation n'est autre chose que le droit d'usage appliqué à une maison.

Toutes les règles que nous avons indiquées en ce qui concerne le droit d'usage s'appliquent à l'habitation.

Le droit d'habitation, pas plus que le droit d'usage, ne peut être cédé, ni loué (art. 634). Il en était autrement en droit romain.

***VII[e] SECTION. — DES SERVITUDES PRÉDIALES OU RÉELLES

Notions préliminaires.

Définition. — Une servitude est une charge imposée sur un fonds pour l'usage et l'utilité d'un autre fonds appartenant à un autre propriétaire (art. 637).

Le fonds sur lequel est établie la servitude s'appelle *fonds servant* ; celui au profit duquel la servitude est établie s'appelle *fonds dominant.*

Exemple : le droit d'appuyer des constructions sur le mur appartenant au voisin, le droit de vue sur la propriété voisine, le droit de passer sur le terrain d'autrui, voilà autant d'exemples de servitudes,

***Eléments constitutifs des servitudes prédiales.** — Pour qu'il y ait servitude proprement dite, il faut la réunion de trois conditions (art. 586) :

1° *Il faut que le droit soit établi au profit d'un fonds et non au profit d'une personne.* — Cela veut dire que la servitude doit consister dans une qualité avantageuse pour le fonds dominant et se traduire en fait par une augmentation pécuniaire de la valeur de ce fonds, qui est rendu par là plus agréable à habiter, comme au cas du droit de vue, ou plus facile à exploiter, comme au cas de droit de passage (1).

C'est ainsi que le droit de chasse ou le droit de pêche, établi au profit d'une personne sur le fonds d autrui n'est pas une servitude ; c'est là un pur agrément conféré à une personne dans son intérêt propre. qui n'augmente en rien la valeur de son fonds, et qui peut même être attribué à une personne qui n'est pas propriétaire du tout.

C est en raison de ce premier élément constitutif que les servitudes sont appelées « prédiales » ou « réelles », par opposition à l'usufruit, à l'usage et à l'habitation qui sont des servitudes, établies dans l'intérêt d'une personne, et pour cela appelées servitudes « personnelles ».

2° *Il faut que le droit soit établi à la charge d'un fonds, et non à la charge d une personne.* – Cela veut dire que le propriétaire du fonds servant ne doit pas avoir quelque chose à faire ; il faut qu'il n'ait qu'à laisser faire le propriétaire du fonds dominant. C'est ce qu'on exprime en disant que l'exercice de la servitude doit consister pour le propriétaire du fonds servant *in patiendo*, non *in faciendo* (2).

Ainsi, l'engagement pris par le propriétaire d'un fonds de labourer, d'ensemencer le champ du voisin, tous les ans, à une époque déterminée, ne serait pas une servitude, mais une obligation (3).

(1) Celsus avait marqué, d'une façon très énergique, ce caractère des servitudes en disant que c'étaient certaines manières d'être des fonds de terre : *quid aliud sunt jura prædiorum quam prædia qualiter se habentia, ut bonitas, salubritas, amplitudo*, L. 86, D. *de verb sign.*, L. 16.

(2) Cependant, certaines servitudes peuvent comporter à titre accessoire l'obligation positive pour le propriétaire du fonds servant de faire un acte, par exemple d'entretenir un chemin en bon état pour faciliter l'exercice de la servitude. Malgré cela la règle est respectée parce que cette obligation ne forme pas l'objet principal de la servitude, mais n'en est qu un accessoire.

(3) Et l'intérêt de la distinction est considérable ; la servitude étant un

3° *Il faut que le fonds dominant et le fonds servant appartiennent à deux propriétaires différents.* — Les servitudes sont des droits réels sur la chose d'autrui ; on ne concevrait pas qu'un propriétaire eût une servitude sur sa propre chose. *Nemini res sua servit.* Aussi, nous verrons que la servitude disparaît par consolidation, lorsque le fonds dominant est acquis par le propriétaire du fonds servant et réciproquement. Cette règle est d'ailleurs commune aux servitudes prédiales et aux servitudes personnelles.

Caractères des servitudes prédiales. — *Enumération.* — Les servitudes prédiales présentent les caractères suivants :

1° Ce sont des droits réels ;
2° Ce sont des droits immobiliers ;
3° Ce sont des droits accessoires ;
4° Ce sont des démembrements de la propriété ;
5° Ce sont des droits perpétuels ;
6° Ce sont des droits indivisibles

Nous allons les passer rapidement en revue.

Les servitudes sont des droits réels. — Ce sont, en effet, des droits établis directement sur un fonds, et non pas des droits contre une personne, comme cela ressort des développements antérieurs. Ils se transmettent activement et passivement avec le fonds dominant et le fonds servant.

Les servitudes sont des droits immobiliers. — Ce caractère se déduit logiquement du précédent ; comme la servitude est établie sur un immeuble, elle est un immeuble par l'objet auquel elle s'applique (art. 526).

Les servitudes sont des droits réels accessoires. — Elles forment une qualité de la propriété du fonds dominant. Elles en font partie intégrante et ne peuvent être ni vendues, ni saisies, ni hypothéquées, ni expropriées d'une façon distincte et indépendante de la propriété de l'immeuble au profit duquel elle est établie. Elle subit au contraire nécessairement les effets de tous les actes venant à se produire relativement à la propriété de cet immeuble.

Les servitudes sont des démembrements de la propriété. — En effet, la servitude permet au propriétaire du fonds dominant de tirer une utilité déterminée du fonds servant : d'y puiser de l'eau, de passer, de voir, etc. Du fait de la servitude, la propriété du

droit réel emporte droit de suite ; elle grève donc l'immeuble entre les mains de tous ses détenteurs successifs, tandis que l'obligation crée un rapport purement personnel entre le créancier et le débiteur.

fonds dominant se trouve accrue ; le propriétaire de ce fonds peut, à certains égards faire acte de maître sur le fonds servant, d'où l'expression de fonds dominant (*de dominus*, maître, propriétaire) ; à l'inverse, la propriété du fonds servant se trouve amoindrie, et diminuée de tout le profit qu'en peut retirer le propriétaire du fonds dominant. Il est au service de ce dernier dans la mesure de l'exercice de la servitude ; d'où l'expression de fonds *servant* donnée à ce fonds (du mot *servire*, être au service de...).

Remarque. — La loi a soin d'ajouter que la servitude n'établit aucune prééminence d'un fonds sur l'autre (art. 638). Cette observation avait pour but, au lendemain de la fin de l'ancien régime, d'écarter tout souvenir des institutions féodales que la Révolution avait voulu abolir pour toujours en France.

Les servitudes sont des droits perpétuels. — Les servitudes ne sont pas établies pour un temps déterminé ; elles se transmettent activement et passivement avec le fonds dominant et le fonds servant. A cet égard, elles ressemblent à la propriété et se distinguent formellement de l'usufruit, de l'usage et de l'habitation qui, nous l'avons vu, sont des droits essentiellement temporaires. Cependant, ce caractère n'est pas de l'essence des servitudes ; on peut valablement convenir qu'une servitude aura une durée déterminée ; d'ailleurs les servitudes s'éteignent par le non-usage, au bout de trente ans, ainsi que nous l'expliquerons plus loin.

****Les servitudes sont des droits indivisibles*. — L'indivisibilité des servitudes consiste en ce qu'on ne peut pas concevoir l'existence et l'exercice partiels d'une servitude. Une servitude ne comporte pas de plus ou de moins : elle existe ou elle n'existe pas ; elle ne peut pas exister pour moitié, pour un tiers, etc. ; on passe ou on ne passe pas, c'est tout ou rien. Il en est autrement, en matière de propriété ; on peut être co-propriétaire d'un immeuble pour une moitié, pour un tiers, etc. ; il en est de même de l'usufruit, de l'hypothèque (1), qui peuvent exister sur une quote-part indivise d'un immeuble.

Conséquences de l'indivisibilité des servitudes. — Une double conséquence résulte de l'indivisibilité des servitudes.

1° Lorsqu'un fonds appartient à plusieurs personnes en co-propriété, l'une d'elles ne peut pas établir une servitude sur sa part

(1) Nous verrons plus loin que l'hypothèque est également un droit indivisible (art. 2114, § 2) ; mais nous montrerons comment l'indivisibilité de l'hypothèque doit être entendue autrement que l'indivisibilité des servitudes.

de co-propriété. Pour que le fonds puisse être grevé de servitude, il faut le consentement de tous les co-propriétaires.

2° Lorsque le fonds dominant appartient à plusieurs co-propriétaires, il suffit que la prescription ne puisse pas courir contre un seul des co-propriétaires, soit parce qu'il exerce la servitude, soit parce qu'il est mineur, pour que la prescription ne puisse pas être accomplie même à l'égard des autres propriétaires qui n'auraient pas usé de la servitude pendant trente ans (art. 709 et 710).

Classification des servitudes. — *Différents points de vue.* — On peut se placer à trois points de vue différents pour classer les servitudes : au point de vue du caractère du fonds dominant, au point de vue de la manière d'être de la servitude, au point de vue de la source de la servitude.

1° Au point de vue du caractère du fonds dominant. — A ce premier point de vue, les servitudes sont urbaines ou rurales (art. 687).

Les servitudes urbaines sont celles qui sont établies pour l'usage des bâtiments, soit à la ville, soit à la campagne.

Les servitudes rurales sont celles qui sont établies pour l'usage des fonds de terre, c'est-à-dire des propriétés non bâties.

Cette première classification, qui offrait à Rome un intérêt pratique considérable, n'en présente plus du tout aujourd'hui.

2° Au point de vue de la manière d'être de la servitude. — La servitude peut être apparente ou non apparente, continue ou discontinue, positive ou négative.

Servitudes apparentes et non apparentes. — Une servitude est apparente lorsqu'elle se manifeste aux yeux par des signes extérieurs : telle une servitude de vue, qui se manifeste par l'existence d'une fenêtre donnant sur la propriété voisine à une distance moindre que la distance réglementaire.

Une servitude est au contraire, non apparente, lorsqu'elle ne se révèle aux regards par aucun fait visible : telle la servitude de ne pas bâtir ou de ne pas construire au delà d'une certaine hauteur (art. 689).

L'intérêt de cette distinction est considérable, au point de vue de l'établissement des servitudes par le fait de l'homme. Nous verrons, en effet, que la prescription et la destination du père de famille s'appliquent aux servitudes apparentes, jamais aux servitudes non apparentes.

Servitudes continues et discontinues. — Les servitudes continues sont celles qui n'ont pas besoin du fait actuel de l'homme pour

s'exercer ; elles s'exercent en quelque sorte d'elles-mêmes, par cela seul que les choses ont été mises dans l'état que suppose la servitude (1). Telle est la servitude de vue ; elle s'exerce dès l'instant où l'ouverture donnant sur la propriété voisine a été établie et se trouve maintenue, quand même personne ne se mettrait à la fenêtre pour admirer le paysage. Il en est de même, d'après l'article 688, des conduites d'eau et des égouts (2).

Les servitudes discontinues, au contraire, sont celles qui ont besoin du fait actuel de l'homme pour être exercées ; telles sont, les servitudes de passage, de puisage, de pacage et autres semblables (art. 688).

La distinction des servitudes continues et discontinues offre un intérêt pratique considérable à un double point de vue : au point de vue de l'établissement des servitudes et au point de vue de leur extinction.

En ce qui concerne l'établissement des servitudes par le fait de l'homme, nous verrons que la prescription et la destination du père de famille s'appliquent aux servitudes continues, lorsqu'elles sont en même temps apparentes, tandis que les servitudes discontinues, même apparentes, ne s'acquièrent pas par la prescription, et peut-être pas non plus par destination du père de famille, ainsi que nous l'expliquerons plus loin.

Au point de vue de l'extinction, nous verrons plus tard que le délai de non-usage a un point de départ différent, suivant que la servitude est continue ou discontinue.

Servitudes négatives ou positives. — Une servitude est positive lorsqu'elle impose au propriétaire du fonds servant la nécessité de souffrir certains actes de la part du propriétaire du fonds dominant ; elle est négative, lorsqu'elle lui impose la nécessité de s'abstenir de certains actes.

Comme exemples de servitudes positives, on peut citer : le droit de passage, le droit de vue, etc., et comme servitudes passives. celles de ne pas bâtir, ou de ne pas élever une construction au delà d'une certaine hauteur, etc.

(1) Aubry et Rau, III, § 248.

(2) Que décider en ce qui concerne la servitude d'écoulement des eaux ménagères ou servitude d'évier ? La question est discutée. D'après certains auteurs, cette servitude serait continue. Mais l'opinion contraire est préférable ; cette servitude ne s'exerce que si quelqu'un verse de l'eau par les tuyaux de transmission. Dans ce sens. Aubry et Rau, III, n° 248 et note 9. Planiol, I, n° 1839. Cass., 7 février 1875, D. 76.1.504.

3° **Au point de vue de leur source.** — Au point de vue de leur source, les servitudes sont de trois sortes (art. 639) :

a) Les servitudes qui dérivent de la situation naturelle des lieux ;

b) Les servitudes qui sont établies par la loi ;

c) Les servitudes qui sont établies par le fait de l'homme.

Remarques. — Il convient de faire, sur cette classification, les observations suivantes :

1° Les servitudes qui dérivent de la situation naturelle des lieux sont consacrées par la loi, comme les servitudes légales proprement dites. Elles en diffèrent cependant (1), en ce que, pour les premières, la loi s'est bornée à sanctionner un état de choses résultant de la nature. tandis que, pour les autres elle a créé de sa propre autorité une limitation au droit de propriété.

2° Les servitudes naturelles et les servitudes légales ne sont pas des servitudes au sens propre et strict du mot. En effet, la servitude est une exception au droit commun de la propriété ; or, les servitudes légales et les servitudes naturelles apportant au droit de propriété des limitations générales, dans telle et telle circonstance prévue par la loi, déterminent le droit commun de la propriété foncière pour tous les immeubles qui se trouvent dans de semblables conditions. Les seules servitudes dignes de ce nom sont celles qui dérivent du fait de l'homme (2).

Division de la section. — Nous consacrerons trois chapitres à l'étude des servitudes, en respectant la division même adoptée par les rédacteurs du Code :

Chapitre Ier. Des servitudes qui dérivent de la situation des lieux.

Chapitre II. Des servitudes établies par la loi.

Chapitre III. Des servitudes établies par le fait de l'homme.

(1) Il en résulte logiquement que les servitudes naturelles ne donnent pas lieu à indemnité, tandis que la plupart des servitudes légales comportent une indemnité en faveur du propriétaire du fonds servant.

(2) Dans ce sens : Baudry-Lacantinerie, I, § 1426 ; Vigié, I, n° 1070. En sens contraire, Planiol, I, n° 1891, note 1.

CHAPITRE I. — DES SERVITUDES QUI DÉRIVENT DE LA SITUATION DES LIEUX.

Des diverses matières traitées par le Code civil sous cette rubrique dans le chapitre Ier du titre IV. — Les rédacteurs du Code ne reconnaissent qu'une seule servitude dérivant de la situation des lieux : c'est la servitude d'écoulement des eaux qui incombe aux fonds inférieurs à l'égard des fonds supérieurs (art. 640 et 641).

Or, la loi ne s'est pas occupée seulement de régler les conditions d'exercice de cette servitude dans le chapitre Ier du titre IV. Elle y a réglementé, en outre, les différentes questions que soulèvent la propriété, l'usage des eaux, le bornage et la clôture.

Nous respecterons cet ordre du Code dans nos explications, en faisant observer que la plupart des règles que nous allons exposer, en ce qui concerne les eaux, résultent de la loi du 8 avril 1898.

Division du chapitre. — Nous diviserons le chapitre Ier en quatre paragraphes, de la façon suivante :

§ 1. De la servitude naturelle d'écoulement des eaux.
§ 2. Du régime des eaux.
§ 3. De la faculté de clore les héritages.
§ 4. De l'obligation du bornage.

§ 1. — De la servitude naturelle d'écoulement des eaux.

En quoi elle consiste (art. 640). — Cette servitude consiste en ce que les fonds inférieurs sont assujettis envers ceux qui sont plus élevés à recevoir les eaux qui en découlent naturellement, sans que la main de l'homme y ait contribué.

Le propriétaire inférieur ne peut point élever de digue, ni de clôture, qui empêche cet écoulement.

De son côté, le propriétaire supérieur ne peut rien faire qui aggrave la servitude du fonds inférieur (art. 640).

Aggravation de la servitude d'écoulement par la loi du 8 avril 1898. — La servitude d'écoulement a reçu une aggravation particulière de la loi du 8 avril 1898 qui a remanié profondément l'ancien article 641. Tandis que précédemment, cette servitude ne s'appliquait qu'aux eaux qui découlaient naturellement du fonds supérieur, d'après le nouvel article 641, le pro-

priétaire inférieur est obligé de recevoir l'écoulement même des eaux que le propriétaire supérieur a fait surgir de son fonds par des sondages, comme les eaux de source, ou qu'il a captées à la surface de ce fonds, comme les eaux pluviales.

Mais, dans ce cas, on n'est plus en présence d'une servitude naturelle, mais plutôt d'une servitude légale. Aussi, le propriétaire qui la subit peut réclamer une indemnité toutes les fois que l'aggravation qu'il subit lui cause un dommage.

Notons, en outre : que les maisons, cours, jardins, parcs et enclos attenant à une habitation échappent à cette aggravation de servitude ; et que les procès relatifs à cette servitude sont portés devant le juge de paix, qui, en cas d'expertise, ne devra nommer qu'un expert (art. 431 *in fine*).

§ 2. — Du régime des eaux.

Réglementation nouvelle par la loi du 9 avril 1898. Distinction fondamentale. — Le droit des propriétaires à l'usage de l'eau a été l'objet d'une réglementation nouvelle par la loi du 9 avril 1898. Il y a lieu de distinguer trois catégories d'eaux : les eaux pluviales, les eaux de source et les eaux courantes. Nous allons consacrer un petit paragraphe à chacune d'elles.

a) *Eaux pluviales.*

Silence du Code. Loi du 9 avril 1898. — Le Code civil ne parlait pas des eaux pluviales. La loi de 1898 a comblé cette lacune dans le premier alinéa du nouvel article 641. Elle décide que le propriétaire a le droit d'user et de disposer des eaux pluviales qui tombent sur son fonds. Ce droit de propriété lui appartient par voie d'occupation.

b) *Eaux de source.*

Distinction fondamentale établie par la loi de 1898. — Le régime des eaux de source a été profondément modifié par la loi du 9 avril 1898 qui a remanié les articles 642 et 644 du Code civil (1).

(1) Consulter, sur cette question, Ch. Milliot, *Etude sur la propriété des eaux de source*. Thèse, Paris, 1902.

Il y a lieu désormais de distinguer deux sortes de sources : les petites sources et les sources cours d'eau

I. Regime des petites sources. — *Le principe.* — Le principe est que le propriétaire du fonds est propriétaire de la source qui jaillit sur ce fonds.

Il peut, en conséquence, user de l'eau de cette source, ou en disposer, soit en l'aveuglant, soit en la vendant à un tiers, à l'aide d'un détour imprimé artificiellement à la chute de l'eau.

a) *Limitation au principe résultant du fait de l'homme.* — Le droit du propriétaire de la source peut être limité par suite du droit que le propriétaire inférieur a pu acquérir à l'usage de l'eau de sa source : par titre, par destination du père de famille ou par prescription. Il y a alors constitution sur l'eau de source d'une véritable servitude par le fait de l'homme. Nous n'avons donc qu'à renvoyer, à cet égard, aux explications que nous donnerons plus loin en ce qui concerne la constitution de cette espèce de servitudes. Nous dirons seulement un mot ici au sujet de la prescription.

Des conditions de la prescription relativement aux eaux de source. — Pour que le propriétaire inférieur acquière, par prescription, un droit à l'usage de l'eau de source découlant du fonds supérieur, il faut deux conditions :

1° Il faut qu'il ait fait et terminé des travaux apparents et permanents destinés à utiliser les eaux et à en faciliter le passage sur son fonds ;

2° Il faut que trente ans se soient écoulés depuis cette époque.

Mais sur quel fonds faut-il que ces travaux soient exécutés ? Suffit-il qu'ils soient exécutés sur le fonds inférieur ou au contraire, faut-il qu'ils le soient sur le fonds supérieur ?

Le code était muet à cet égard ; et la question était discutée de savoir comment on devait interpréter son silence sur ce point.

La loi du 9 avril 1898, confirmant la solution de la jurisprudence antérieure, a tranché la controverse en décidant que ces travaux devraient être exécutés sur le fonds où jaillit la source (art. 642, § 2).

Cette solution est la plus conforme aux principes généraux du code en matière de prescription. La prescription suppose une usurpation au détriment d'autrui. Or, il n'y aurait aucune usurpation par le fait du propriétaire inférieur à exécuter des ouvrages sur son propre fonds même pour utiliser l'eau qui s'écoule du fonds supérieur ; en agissant ainsi, il ne fait qu'user de son droit, et le propriétaire de la source n'aurait aucun moyen de l'en empêcher.

b) *Limitation au principe résultant de la loi au profit des communes.* — Le propriétaire de la source ne peut pas en user de façon à enlever aux habitants d'une commune, village ou hameau, l'eau qui leur est nécessaire. Il y a là une sorte de servitude établie par la loi dans l'intérêt des agglomérations d'habitants. Cette servitude est d'ailleurs subordonnée au paiement d'une indemnité dont le montant est établi par la loi après expertise, à défaut d'entente amiable (art. 642, § 3).

II. Régime des sources cours d'eau. — Lorsque la source, dès sa sortie du fonds où elle jaillit, forme un cours d'eau offrant le caractère d'eaux publiques et courantes, elle constitue une *res communis* au même titre que l'eau courante dont nous parlerons au paragraphe suivant : il en résulte que le propriétaire en a simplement l'usage et qu'il ne peut détourner l'eau de cette source au préjudice des propriétaires inférieurs (art. 643 nouveau).

C'est aux tribunaux que la loi a laissé le soin de distinguer dans chaque espèce si la source dont il s'agit rentre dans la première catégorie ou dans la seconde.

Pour cela, ils devront s'attacher au volume, au parcours, et à la pérennité plus ou moins grande du cours d'eau formé par la source.

c) *Eaux courantes.*

Deux catégories de cours d'eau. — Ainsi que nous l'avons dit plus haut (1), on distingue deux catégories de cours d'eau : les cours d'eau navigables et flottables et les cours d'eau ni navigables ni flottables. Les premiers font partie du domaine public de l'Etat et les riverains n'ont sur eux aucun droit d'usage.

Au contraire, ils ont le droit de se servir de l'eau qui forme les rivières ni navigables, ni flottables.

Droit d'usage des riverains sur les rivières non navigables ni flottables. — Les riverains ont le droit d'user de l'eau de ces rivières pour l'irrigation de leur propriété ; ils peuvent même s'en servir dans l'intérêt de leurs propriétés non riveraines (Loi du 29 avril 1845).

Cependant, la loi distingue suivant que le fonds est simplement traversé ou bordé par le cours d'eau.

Dans le premier cas, le riverain peut simplement user de l'eau à son passage, sans en détourner le cours au détriment du riverain opposé (art. 644, § 1).

(1) Voir *suprà*, p. 466.

Dans le second cas, il peut modifier le cours de la rivière, sur l'étendue de son fonds, pourvu qu'il rende l'eau à son cours ordinaire à la sortie de sa propriété (art. 644, § 2).

Limitation au droit d'usage des riverains. — D'ailleurs, la loi a limité le droit pour les riverains de se servir de l'eau courante en exigeant l'autorisation de l'Administration pour l'établissement des prises d'eau, des moulins et des barrages, et en chargeant l'autorité administrative de faire des règlements d'eau (1) (art. 11 et 8, loi de 1898).

§ 3. — Faculté de clore les héritages.

Liberté reconnue aux propriétaires. — Le Code civil a reconnu à tout propriétaire le droit de clore son héritage (art. 647). Ce droit était, au contraire, limité dans l'ancien régime par le droit de chasse, qui appartenait au seigneur, et par le droit de vaine pâture et de parcours.

On entend par droit de vaine pâture, la faculté réciproque appartenant aux habitants d'une commune de faire paître leurs troupeaux sur les prés et les champs après la moisson.

Le droit de parcours est le même droit exercé de commune à commune.

Limitation au droit de clôture. — Le droit de clôture cesse lorsque le fonds est grevé d'une servitude de passage ; ou du moins, le propriétaire devra établir sa clôture de façon à respecter le droit du titulaire de cette servitude.

Le droit de vaine pâture ne met pas obstacle à la clôture ; seulement le propriétaire qui se clôt perd son droit à la vaine pâture en proportion du terrain qu'il y soustrait (art. 648).

Quant au droit au parcours, il a été supprimé par la loi du 9 juillet 1889 (art. 1er).

§ 4. — Du bornage entre voisins.

Définition. — Le bornage est une opération qui a pour but de déterminer la ligne séparative de deux champs voisins et de la constater à l'aide de signes extérieurs appelés bornes.

Obligation réciproque établie par la loi. — La loi reconnaît à tout propriétaire la faculté de contraindre son voisin au

(1) Voir à cet égard notre *Manuel de droit administratif*.

bornage de leurs propriétés contiguës. Il en résulte pour chacun d'eux une obligation réciproque de subir le bornage, analogue à l'obligation de subir le partage qui incombe, en cas d'indivision, aux co-propriétaires (art. 815).

Ce n'est pas là une servitude, puisqu'il y a nécessité juridique d'accomplir une prestation, ce qui, nous le savons, est contraire à l'essence de la servitude. C'est plutôt une obligation imposée aux propriétaires par la loi. Nous en dirons de même plus loin de la clôture forcée (1).

Forme du bornage. — Le bornage comporte différentes opérations : la détermination des limites exactes des propriétés contiguës d'après les titres de propriété, l'arpentage du terrain et l'établissement des bornes sur la ligne séparative des deux champs.

Le bornage peut être fait à l'amiable, si les deux propriétaires s'entendent à cet effet ; sinon il y est procédé judiciairement. C'est le juge de paix qui est compétent à cet effet, lorsqu'il n'y a aucune contestation relativement aux titres de propriété.

Frais du bornage. — Le bornage se fait à frais communs (art. 646).

CHAPITRE II. — DES SERVITUDES ÉTABLIES PAR LA LOI.

Distinction. — Il existe deux catégories bien distinctes de servitudes légales (art. 649).

Les unes sont établies dans un but d'utilité publique. Telles sont, par exemple : les servitudes de voirie, les servitudes militaires, etc.

Les autres sont établies en vue de l'intérêt privé des propriétaires.

Les premières, qu'on appelle servitudes administratives, sont régies par le droit administratif auquel nous nous bornons de faire un renvoi pur et simple (2).

Les autres seront étudiées dans ce chapitre.

Division du chapitre. — Nous diviserons ce chapitre en neuf paragraphes de la façon suivante :

§ 1. De la servitude de mitoyenneté.

(1) Voir *infrà*, p. 517. Certains auteurs rattachent ces deux obligations à une idée de quasi-contrat qu'ils appellent quasi-contrat de voisinage. Planiol, I, nº 1070 ; Aubry et Rau, II, § 199.

(2) Consulter notre *Manuel de droit administratif*.

§ 2. De la clôture forcée.
§ 3. Du cas où les étages d'une maison appartiennent à différents propriétaires.
§ 4. De la distance à observer pour les plantations.
§ 5. De la distance à observer pour certaines constructions.
§ 6. Des servitudes destinées à faciliter l'irrigation ou l'assainissement des terres.
§ 7. Des vues et des jours sur la propriété du voisin.
§ 8. De l'égout des toits.
§ 9. Du droit de passage en cas d'enclave.

§ 1. — De la mitoyenneté.

Définition. — La mitoyenneté est la co-propriété d'une clôture servant de séparation entre deux fonds contigus, avec indivision forcée.

La loi distingue la mitoyenneté du mur, celle des autres clôtures (fossé, haies, etc.), et celle des autres.

I. Mitoyenneté du mur. — *Quand un mur est-il mitoyen ?* — Un mur est mitoyen lorsqu'il a été élevé à frais communs par les deux propriétaires voisins.

Présomption de mitoyenneté. — Le mur est présumé mitoyen : d'abord lorsqu'il sert de séparation entre deux bâtiments ; si les deux bâtiments (1) n'ont pas la même hauteur, ils sont présumés mitoyens jusqu'à l'*héberge*, c'est-à-dire jusqu'au toit le moins élevé ; le surplus du mur est censé appartenir au propriétaire du bâtiment le plus haut.

Est également présumé mitoyen tout mur servant de séparation entre cours et jardins, ou entre enclos dans les champs.

Il en est ainsi parce que, le mur étant utile aux deux voisins, il est probable qu'il a été construit à frais communs.

Mais cette présomption de mitoyenneté tombe en présence d'un titre ou d'une marque du contraire. Comme exemple de titre, on peut citer un mémoire d'architecte établissant que le mur a été construit entièrement aux frais de l'un des voisins.

Des marques de non-mitoyenneté. — Il y a marque de non-mitoyenneté lorsque la sommité du mur est droite et à plomb, de son parement d'un côté, et présente de l'autre un plan incliné ; ou encore lorsqu'il n'y a que d'un côté un chaperon ou des filets et

(1) Mais non entre un bâtiment et une cour et un jardin.

corbeaux (1) de pierre qui y auraient été mis en bâtissant le mur. Dans ce cas, le mur est censé appartenir exclusivement au propriétaire du côté duquel sont l'égout ou les corbeaux et filets de pierre (art. 654) ; car si le mur avait été construit par les deux voisins, il y en aurait des deux côtés.

Moyen d'acquérir la mitoyenneté d'un mur. — Tout propriétaire joignant un mur a la faculté de le rendre mitoyen, en tout ou en partie, en remboursant au maître du mur la moitié de sa valeur, ou la moitié de la valeur de la portion qu'il veut rendre mitoyenne et moitié de la valeur du sol sur lequel le mur est bâti (art. 661).

C'est là, pour le propriétaire du mur, une sorte d'expropriation pour cause d'utilité privée ; il peut en résulter pour lui un grave inconvénient, en raison des jours qu'il avait pu pratiquer dans son mur et qu'il sera obligé de fermer ; car, nous le verrons, il ne peut pas en exister dans le mur mitoyen.

On explique cette solution en disant qu'elle est dictée par le souci d'éviter une perte de terrain, de matériaux et de main-d'œuvre qu'aurait nécessitée la construction d'un second mur adossé au premier, si la mitoyenneté n'avait pu être achetée.

Au surplus, le propriétaire qui construit un mur a un moyen d'éviter qu'on lui en achète la mitoyenneté en l'établissant, tout entier sur son fonds, un peu en retrait de la ligne séparative des deux fonds.

Droits des propriétaires sur le mur mitoyen. — Le mur mitoyen appartient en co-propriété aux deux voisins dont il sépare les fonds Cependant, ce droit de co-propriété est soumis à des règles exceptionnelles.

1° Le principe essentiel que nul n'est tenu de rester dans l'indivision ne s'applique pas ici ; l'indivision qui résulte de la mitoyenneté est au contraire destinée à durer indéfiniment ;

2° Dans l'indivision ordinaire, il est de règle qu'aucun acte ne peut être fait sur la chose indivise, sans le consentement unanime de tous les co-propriétaires. En matière de mitoyenneté, au contraire, chaque propriétaire peut se servir du mur sans le consentement du voisin pourvu qu'il ne porte pas atteinte au droit égal de ce dernier.

(1) Le chaperon est le toit du mur ; les filets sont un prolongement du chaperon fait pour éviter que l'égout ne tombe le long du mur et ne le dégrade ; les corbeaux sont des pierres en saillie, sortes d'amorces pour des constructions futures.

Ainsi il peut faire bâtir contre le mur mitoyen ; il peut même faire placer des poutres ou solives dans toute l'épaisseur du mur, à 54 millimètres près ; mais le voisin aura le droit de faire réduire à l'ébauchoir la poutre jusqu'à l'épaisseur du mur, dans le cas où il voudrait lui-même asseoir des poutres dans le même endroit du mur, ou y adosser une cheminée (art. 657).

L'article 662 ajoute que l'un des voisins ne peut pratiquer, dans le corps du mur mitoyen, aucun enfoncement, ni y appliquer ou appuyer aucun ouvrage, sans le consentement de l'autre, ou sans avoir, à son refus, fait régler par experts les moyens nécessaires pour que l'ouvrage dont il s'agit ne soit pas nuisible aux droits de l'autre ;

3° Bien plus, tout co-propriétaire peut faire exhausser le mur mitoyen ; mais il doit payer seul la dépense de l'exhaussement, les réparations d'entretien au-dessus de la hauteur de la clôture commune, et en outre l'indemnité de la charge en raison de l'exhaussement et suivant la valeur (art. 658).

Si le mur mitoyen n'est pas en état de supporter l'exhaussement, celui qui veut l'exhausser doit le faire reconstruire en entier à ses frais et l'excédent d'épaisseur doit se prendre de son côté (art. 658).

Le voisin qui n'a pas contribué à l'exhaussement peut en acquérir la mitoyenneté en payant la moitié de la dépense qu'il a coûté et la valeur de la moitié du sol fourni par l'excédent d'épaisseur, s'il y en a (art. 660).

Obligations qui incombent aux co-propriétaires d'un mur mitoyen. — Les co-propriétaires d'un mur mitoyen sont tenus de contribuer, en proportion de leur droit, aux dépenses de réparations et de reconstruction du mur (art. 655).

Mais ils ont un moyen d'éviter cette obligation, c'est d'abandonner le droit de mitoyenneté. Cette faculté leur est cependant refusée lorsque le mur mitoyen soutient un bâtiment qui leur appartient (art. 656).

II. Mitoyenneté des autres clôtures. — *Quand la mitoyenneté existe-t-elle ?* — Toute clôture (haie, fossé, grillage, etc.) qui sépare deux héritages est réputée mitoyenne, lorsque les deux héritages sont clos complètement, ou lorsqu'ils ne le sont ni l'un ni l'autre.

La présomption de mitoyenneté cesse devant un titre, la prescription ou une marque du contraire, attribuant la propriété exclusive de la clôture à l'un des deux propriétaires voisins. Pour

les fossés, il y a marque de non-mitoyenneté lorsque la levée ou le rejet de la terre se trouve d'un côté seulement du fossé. Le fossé est censé appartenir exclusivement à celui du côté duquel se trouve le rejet (art. 666).

La clôture n'est pas réputée mitoyenne lorsqu'un seul des deux héritages contigus est clos de tous côtés ; mais la loi ne présume pas que la clôture appartient en toute propriété à celui dont l'immeuble est clos de partout, comme elle le fait en ce qui concerne le mur non mitoyen, dans l'article 654 *in fine* ; elle laisse le soin au tribunal de décider à qui appartient cette clôture.

Acquisition de la mitoyenneté. — La faculté exorbitante établie par la loi en ce qui concerne le mur mitoyen ne s'applique pas aux autres clôtures ; le voisin dont l'héritage joint un fossé ou une haie non mitoyens ne peut contraindre le propriétaire de ce fossé ou de cette haie à lui céder la mitoyenneté. Mais il a le droit, non moins considérable, de supprimer la haie ou de combler le fossé qui ne sert qu'à la clôture, jusqu'à la limite de sa propriété, en construisant un mur sur cette limite (art. 668).

Obligations qui incombent aux co-propriétaires d'une clôture mitoyenne. — Les co-propriétaires d'une clôture mitoyenne sont obligés de l'entretenir à frais communs, mais le voisin peut se soustraire à cette obligation en renonçant à la mitoyenneté. Cette faculté cesse si le fossé sert habituellement à l'écoulement des eaux (art. 667).

Droits des co-propriétaires de la clôture mitoyenne. — Les co-propriétaires ont droit par moitié aux produits que peut donner la clôture, notamment aux produits des arbres qui se trouvent dans la haie (art. 66).

III. Mitoyenneté des arbres. — Les arbres plantés sur la ligne séparative des deux héritages sont réputés mitoyens. Lorsqu'ils meurent ou lorsqu'ils sont coupés ou arrachés, ils sont partagés par moitié. Les fruits sont recueillis à frais communs et partagés aussi par moitié, soit qu'ils tombent naturellement, soit que la chute en ait été provoquée, soit qu'ils aient été cueillis. De plus, chaque propriétaire a le droit d'exiger que les arbres mitoyens soient arrachés (art. 670).

§ 2. — De la clôture forcée.

Obligation réciproque imposée par la loi. — La loi impose aux propriétaires voisins l'obligation de clôturer leurs ter-

rains, dans les villes et faubourgs, en donnant à chacun d'eux la faculté de contraindre l'autre à contribuer aux constructions et réparations de la clôture faisant séparation de leurs maisons, cours et jardins (art. 663).

Il y a là, non pas une servitude, mais une obligation légale, analogue à l'obligation du bornage (1).

Remarques. — Il convient de remarquer :

1° Que cette obligation n'incombe aux propriétaires que dans les villes et les faubourgs ; en l'absence d'actes administratifs attribuant cette qualité à une commune, les tribunaux judiciaires ont un pouvoir d'appréciation absolu ;

2° Que cette disposition ne permet pas à un propriétaire, qui a construit sur son terrain et à ses frais une clôture, de se faire rembourser par son voisin la moitié de sa valeur et du terrain sur lequel elle est édifiée ;

3° Que la clôture qui est visée par la loi n'est pas une clôture quelconque, mais un *mur* dont la loi, à défaut de règlements ou d'usages locaux contraires, fixe elle-même la hauteur minima à 32 décimètres dans les villes de 50.000 âmes et au-dessus, et à 26 décimètres dans les autres localités (art. 663 *in fine*).

§ 3. — Du cas où les différents étages d'une maison appartiennent à différents propriétaires.

Idée générale. — Lorsque les différents étages d'une même maison appartiennent à plusieurs propriétaires — ce qui se rencontre dans certaines localités du Midi, à Grenoble notamment — il y a mélange de propriété exclusive et de co-propriété (2) (art. 664).

Chacun des propriétaires a la propriété exclusive de l'étage qui lui appartient, et tous sont co-propriétaires indivis des parties communes de l'immeuble: sol, gros murs, toiture, etc.

Droits des propriétaires. — Chaque propriétaire a un droit d'usage, de jouissance et de disposition, en ce qui concerne l'étage qui lui appartient.

Ainsi, il peut faire à cet étage, tous les changements qu'il désire, pourvu qu'ils ne portent aucune atteinte à la solidité de la maison et ne causent aucun dommage aux autres.

(1) Voir *suprà*, p. 512.
(2) Cette question ne se rattache donc nullement aux servitudes.

Il a la jouissance des choses communes ; et si la maison tombe de vétusté, chacun peut demander la licitation du sol et des matériaux ; de même, en cas d'expropriation pour cause d'utilité publique, chacun a droit à l'indemnité en proportion de la valeur de son étage.

Obligations des propriétaires. — Les différents propriétaires sont tenus de contribuer aux dépenses communes, telles que réparation des gros murs, du toit, fosses d'aisances, paiement de l'impôt foncier, etc. Au contraire, ils doivent supporter seuls les dépenses relatives à leur étage. Ainsi, le propriétaire de chaque étage fait le plancher sur lequel il marche ; le propriétaire du premier étage fait l'escalier qui y conduit ; celui du second fait, à partir du premier, l'escalier qui conduit chez lui, et ainsi de suite (art. 664 *in fine*).

§ 4. — Distance à observer pour les plantations.

Détermination de la distance d'après la hauteur. — Le propriétaire qui plante des arbres, des arbrisseaux ou des arbustes sur sa propriété, est obligé d'observer une certaine distance par rapport à la propriété voisine.

A défaut de règlements particuliers ou d'usages contraires, la distance imposée par la loi est de 2 mètres pour les plantations dont la hauteur dépasse 2 mètres, et 50 centimètres pour les autres plantations (art. 671, § 1).

La sanction de cette règle est le droit pour le voisin d'exiger que les plantations qui ont été faites sans observer ces distances soient arrachées ou réduites à la hauteur voulue (art. 672).

Cependant, des arbres, arbustes et arbrisseaux de toute espèce peuvent être plantés en espaliers, de chaque côté du mur séparatif, sans que l'on soit tenu d'observer aucune distance ; mais il ne pourront dépasser la crête du mur.

Il est bien évident que, si le mur n'est pas mitoyen, le propriétaire seul a le droit d'y appuyer des espaliers (art. 671, § 2).

Droit de faire couper les branches et de couper les racines qui dépassent. — Celui sur la propriété duquel avancent les branches des arbres du voisin peut contraindre celui-ci à les couper.

Les fruits *tombés naturellement* de ces branches lui appartiennent.

Si ce sont les racines qui avancent sur son héritage, il a le droit de les y couper lui-même.

Le droit de couper les racines ou de faire couper les branches est imprescriptible (art. 673). En n'invoquant pas son droit pendant trente ans, le propriétaire a usé d'une pure faculté ; or, les actes de pure faculté ne peuvent pas servir de base à une prescription (art. 2232).

§ 5. — Distance à observer pour certains ouvrages.

Renvoi aux règlements et aux usages. — Celui qui veut creuser un puits ou une fosse d'aisances près d'un mur mitoyen ou non ; celui qui veut y construire cheminée ou âtre, forge, four ou fourneau ; y adosser une étable ou établir, contre ce mur un magasin de sel ou amas de matières corrosives est obligé de laisser la distance prescrite par les règlements et les usages particuliers sur ces objets ou de faire les ouvrages prescrits par les mêmes règlements et usages pour éviter de nuire aux voisins (art. 674).

§ 6. — Des servitudes destinées à faciliter l'irrigation ou l'assainissement des terres.

Trois sortes. — Il existe trois sortes de servitudes destinées à faciliter l'irrigation des terres ou l'assainissement des terres humides : la servitude d'aqueduc, la servitude d'appui et la servitude de drainage.

Servitude d'aqueduc. — Elle a été établie par la loi du 29 avril 1845. Elle permet à tout propriétaire, qui veut se servir, pour l'irrigation de ses propriétés, des eaux naturelles ou artificielles dont il a le droit de disposer, d'obtenir le passage de ces eaux sur les fonds intermédiaires, à la charge d'une juste et préalable indemnité. Sont exceptés de cette servitude les maisons, cours, jardins, parcs et enclos attenant aux habitations.

Servitude d'appui ou de barrage. — Elle a été établie par la loi du 11 juillet 1847. Elle consiste dans la faculté pour le riverain d'un cours d'établir, sur la propriété du riverain opposé, un barrage ou tout autre ouvrage d'art nécessaire à augmenter le volume de l'eau en vue de faciliter son écoulement sur son propre fonds en vue de l'irrigation. L'exercice de cette servitude est subordonné, comme la précédente, à la condition d'une juste et préalable indemnité.

Servitude de drainage. — Elle a été établie par la loi précitée du 29 avril 1845, complétée par celle du 10 juin 1854. Le drainage est une opération qui consiste à assainir des terres humides, à l'aide de tuyaux souterrains, présentant des solutions de continuité qui soutirent l'eau pour la conduire à une voie d'écoulement, telle qu'un cours d'eau.

D'après la loi de 1854, tout propriétaire peut obtenir l'assainissement de son fonds souterrainement ou à ciel ouvert, à travers les propriétés qui le séparent d'un cours d'eau ou de toute autre voie d'écoulement, moyennant une juste et préalable indemnité. Les maisons, cours, jardins, parcs et enclos attenant aux habitations échappent également à cette servitude.

§ 7. — Des vues et des jours sur la propriété du voisin.

Différence entre les jours et les vues. — Les jours, qu'on appelle dans la pratique *jours de souffrance,* ne doivent pas être confondus avec les vues.

Les jours sont des ouvertures pratiquées dans le mur d'une pièce dans le seul but d'y faire pénétrer la lumière ; tandis que les vues procurent non seulement la lumière, mais encore l'air et la faculté de regarder sur le fonds voisin.

Par là, on peut voir que le jour est moins gênant qu'une vue pour le voisin ; aussi est-il réglementé d'une façon moins rigoureuse par la loi.

Impossibilité d'avoir des jours ou des vues dans un mur mitoyen. — Dans un mur mitoyen, un des voisins ne peut pratiquer ni jour, ni vue, sans le consentement de l'autre (art. 675).

Pourquoi ? Parce que, s'il le fait, il userait du mur d'une façon exclusive ; il enlèverait, en effet, à l'autre propriétaire la faculté d'enfoncer une poutre précisément à l'endroit du jour ou de la vue ; ce qui serait contraire aux règles de la mitoyenneté.

Des jours de souffrance dans un mur non mitoyen. — Le propriétaire d'un mur non mitoyen, établi sur la ligne séparative de son fonds, peut pratiquer dans ce mur des jours de souffrance en observant les prescriptions suivantes :

1° Ces jours doivent être composés d'un châssis fixé au mur de façon à ne pouvoir s'ouvrir et muni d'un verre dormant, de façon à ne pas laisser voir au travers. Ce châssis doit être recouvert d'un treillis de fer, dont les mailles auront un décimètre d'ouverture au plus (art. 676) ;

2° Ces jours ne peuvent être établis qu'à 26 décimètres au-dessus du plancher ou sol de la chambre que l'on veut éclairer, si c'est au rez-de-chaussée, et à 19 décimètres au-dessus du plancher pour les étages supérieurs (art. 677).

Des vues dans un mur non mitoyen. — *Distinction entre les vues droites et les vues obliques.* — La loi distingue avec soin les vues droites et les vues obliques ; une vue est droite lorsqu'elle est pratiquée de telle sorte qu'on peut regarder sur le fonds voisin, sans avoir à se pencher ni à droite, ni à gauche ; elle est oblique dans le cas contraire.

On comprend facilement que les vues droites sont plus gênantes pour le voisin que les vues obliques ; aussi la loi les a soumises à des conditions plus rigoureuses.

Distance à observer. — On ne peut avoir des vues droites ou fenêtres d'aspect, ni balcons ou autres semblables saillies sur l'héritage clos ou non clos de son voisin, s'il n'y a 19 décimètres de distance entre le mur où on les pratique et ledit héritage (art. 678).

On ne peut avoir des vues par côté ou obliques sur le même héritage, s'il n'y a six décimètres de distance (art. 679).

La distance dont il s'agit doit se compter depuis le parement extérieur du mur où l'ouverture se fait, et s'il y a balcons ou autres semblables saillies, depuis leur ligne extérieure jusqu'à la ligne de séparation des deux propriétés (art. 680).

§ 8. — De l'égout des toits.

Obligation imposée à tout propriétaire. — Tout propriétaire doit établir des toits de manière que les eaux pluviales s'écoulent sur son terrain ou sur la voie publique ; il ne peut les faire verser sur le fonds de son voisin (art. 681).

§ 9. — Du droit de passage.

Cas où le droit de passage peut être réclamé. — Un propriétaire peut exiger de ses voisins le passage à travers leur fonds pour accéder à la voie publique dans deux cas (art. 682) :

1° Lorsque son fonds est enclavé et n'a aucune issue ;

2° Lorsque son fonds n'a qu'une issue insuffisante pour l'exploitation soit agricole, soit industrielle de sa propriété.

Le droit de réclamer ce passage est imprescriptible.

Détermination du fonds sur lequel le passage doit être pris. — *Principe.* — En principe, le passage doit être pris du côté où le trajet est le plus court du fonds enclavé à la voie publique ; cependant il doit être fixé dans l'endroit le moins dommageable à celui sur le fonds duquel il est accordé (art. 683).

Exception. — Si l'enclave résulte de la division d'un fonds par suite d'une vente, d'un échange, d'un partage ou de tout autre contrat, le passage ne peut être demandé que sur les terrains qui ont fait l'objet de ces actes. Toutefois, dans le cas où un passage suffisant ne pourrait être établi sur les fonds divisés, le principe de l'article 682 reprendrait son empire (art. 684).

De l'assiette et du mode d'exercice de la servitude de passage. — L'assiette de la servitude de passage est le fonds ou la partie du fonds sur lequel la servitude de passage s'exerce ; le mode d'exercice de la servitude, c'est la façon dont la servitude s'exerce, à pied, à cheval, en voiture, en automobile, etc.

L'assiette et le mode d'exercice de la servitude sont établis soit par l'entente des propriétaires voisins, soit par une décision du tribunal. Ils peuvent également résulter de trente ans d'usage continu (art. 685).

De l'indemnité due pour le passage. — La servitude de passage est subordonnée au paiement d'une indemnité dont le montant doit être proportionné, non au profit qu'en doit retirer le fonds enclavé, mais du dommage qui doit en résulter pour le fonds assujetti à l'exercice de cette servitude (art. 682). A défaut d'entente amiable, elle est déterminée par le tribunal d'arrondissement.

Le droit à l'indemnité est prescriptible par trente ans qui commencent à courir à partir du moment où le passage a été exercé à titre de servitude légale (art. 685).

***CHAPITRE III. — DES SERVITUDES ÉTABLIES PAR LE FAIT DE L'HOMME.

Définition. — Les servitudes établies par le fait de l'homme sont celles qui ne résultent ni de la situation naturelle des lieux, ni d'une disposition de la loi, mais du fait du propriétaire du fonds dominant et du fonds servant.

Restriction de la liberté des conventions. — Les rédacteurs du Code ont apporté une double restriction à la liberté des

conventions en ce qui concerne l'établissement des servitudes :

1° Il est interdit d'établir aucune servitude qui soit contraire à l'ordre public. Ce premier point n'est que l'application d'une règle commune à tous les actes juridiques (art. 6) :

2° Les servitudes ne doivent être imposées, ni à la personne, ni en faveur de la personne, mais seulement à un fonds et pour un fonds.

Cette seconde restriction — conforme d'ailleurs à la notion exacte de la servitude ainsi que nous l'avons vu plus haut — a été principalement dictée aux rédacteurs du Code par la préoccupation de mettre fin à la confusion qui existait dans notre ancien droit entre les servitudes réelles et les corvées ou autres services personnels qui assujettissaient une partie de la population envers une autre (1).

Nous avons insisté suffisamment sur ces deux éléments constitutifs de la servitude, pour n'avoir pas à y revenir de nouveau (2).

Division du chapitre. — Nous diviserons le chapitre en trois paragraphes :

§ 1. Comment s'établissent les servitudes.

§ 2. Droits qui résultent de l'établissement des servitudes.

§ 3. Comment s'éteignent les servitudes.

§ 1. — Comment s'établissent les servitudes.

Enumération. — Les servitudes s'acquièrent (art. 690 à 695).

1° Par titre ;

2° Par prescription ;

3° Par destination du père de famille.

Nous allons consacrer un paragraphe à l'étude de chacun de ces modes d'acquérir.

a) *Le titre.*

Définition. — On entend par titre tout acte juridique ayant pour effet la constitution d'une servitude ; par exemple, une vente, une donation, un testament.

Servitudes qui peuvent être constituées par titre. — Toutes les servitudes peuvent être constituées par titre : les servitudes apparentes comme les servitudes non apparentes, les servitudes continues, ainsi que les servitudes discontinues.

(1) Planiol, I, n° 1893.
(2) Voir *suprà*, p. 503.

C'est donc le mode d'établissement le plus général (art. 691).

Qui peut constituer une servitude ? — Pour constituer une servitude, il faut être propriétaire actuel de l'immeuble.

Cependant, le propriétaire sous condition suspensive peut également constituer une servitude ; de même, le co-propriétaire d'un immeuble peut établir une servitude pour le cas où, par l'effet du partage, l'immeuble serait mis à son lot. Enfin l'usufruitier peut établir sur l'immeuble une servitude pour la durée de l'exercice de son droit.

Capacité requise pour constituer une servitude. — Pour constituer une servitude, il faut être capable d'aliéner l'immeuble ; cela résulte de ce que la servitude est un démembrement de la propriété.

Ainsi, une femme mariée sous le régime dotal ne peut pas, même avec l'autorisation de son mari, constituer une servitude sur ses immeubles dotaux.

De la transcription des actes constitutifs de servitude. — *Utilité de la publicité.* — L'existence d'une servitude à la charge d'un immeuble est de nature à diminuer la valeur de cet immeuble. Dès lors, il y a un grand intérêt pour les tiers qui acquièrent des droits sur un immeuble — tiers acquéreurs, créanciers hypothécaires, etc. — à pouvoir être renseignés à cet égard.

Absence de publicité d'après le Code civil. — Et cependant, les rédacteurs du Code n'avaient pris aucune mesure dans ce but. Les actes d'établissement des servitudes échappaient à toute formalité de publicité, soit qu'ils fussent à titre onéreux, comme une vente, soit qu'ils fussent à titre gratuit, comme une donation.

Pour les actes à titre onéreux, cela était conforme au système général du Code civil, qui n'avait organisé aucune publicité pour le transfert de la propriété immobilière elle-même.

Au contraire, en ce qui concerne les actes à titre gratuit, les donations, cette solution était différente de celle que le Code avait adoptée, pour la propriété immobilière, qui, nous l'avons vu plus haut (1), était subordonnée à la formalité de la transcription.

Elle n'en était pas moins certaine ; elle résultait des termes de l'article 939 ; cet article n'ordonne, en effet, la transcription de la donation que quand elle a pour objet des biens susceptibles d'hypothèques ; or, nous l'avons dit (2), les servitudes ne peuvent pas être grevées d'hypothèque (art. 2118).

(1) Voir *suprà*.
(2) Voir *suprà*.

Loi du 23 *mars* 1855, *article* 2. *Points certains*. — Cette lacune du Code civil a été comblée par la loi du 23 mars 1855. L'article 2 de cette loi ordonne, en effet, de transcrire :

1° Tous les actes constitutifs de servitudes ;

2° Tous les jugements qui déclarent l'existence d'une servitude, en vertu d'une convention verbale.

Il est deux points certains :

a) C'est que cet article est étranger à l'établissement des servitudes par testament. En effet, nous l'avons établi plus haut, cette loi de 1855 à laissé en dehors de ses dispositions tous les actes de dernière volonté, et elle ne s'applique qu'aux actes entre vifs. Donc les servitudes établies par legs échappent à toute mesure de publicité ; c'est un des vices de la loi de 1855.

b) C'est que cet article s'applique à tous les actes à titre onéreux. de quelque nature qu'ils soient, vente, échange, etc. Reste un point controversé.

La loi du 23 *mars* 1855 *s'applique-t-elle aux donations de servitudes ?* — La raison de douter vient du dernier alinéa de l'article 11 de la loi du 23 mars 1855. Il porte qu'il n'est rien dérogé aux dispositions du Code relatives à la transcription des donations.

On s'est appuyé sur ce texte pour prétendre que la prescription n'était pas exigée, encore aujourd'hui, pour les donations de servitudes, puisque l'article 939 du Code civil ne prescrivait pas l'accomplissement de cette formalité.

Cette manière de voir n'a pas prévalu. La jurisprudence et la majorité des auteurs déclarent la transcription nécessaire.

A l'objection tirée de l'article 11, on a répondu avec raison qu'en appliquant aux donations de servitudes l'article 2 de la loi de 1855, on ne dérogeait pas à l'article 939, mais qu'on complétait simplement ses dispositions ; la disposition de l'article 2 est *ampliative* et non *modificative* de celle de l'article 939 (1).

Preuve de l'existence d'une servitude. — La preuve de l'existence des servitudes est régie par les règles ordinaires de preuve. Cependant, la loi admet que le titre primordial peut être remplacé par un titre récognitif émané du propriétaire du fonds asservi sans exiger, pour la force probante de cet acte, les conditions requises en matière d'obligatious (art. 695, C. proc. avec l'art. 1337).

(1) Aubry et Rau, III, n° 250, note 15 ; Planiol, I, n° 1915. En sens contraire, Baudry-Lacantinerie, II, n° 479.

b) *La prescription.*

Historique. Ancien droit. — Dans notre ancien droit, la plus grande divergence existait entre les coutumes au point de vue de l'établissement des servitudes par la prescription.

Certaines coutumes, comme la coutume de Paris, écartaient la prescription pour toutes les servitudes sans distinction (art. 186).

D'autres coutumes, au contraire, admettaient la prescription pour toutes les servitudes. Par exemple, la coutume d'Auvergne (XVII, 1-4).

Solution intermédiaire du Code civil (art. 690 et 691). — Les rédacteurs du Code ont adopté une solution intermédiaire.

Ils ont admis la prescription pour les servitudes qui sont à la fois continues et apparentes ; et ils l'ont rejetée pour celles qui ne réunissent pas ces deux caractères et qui sont, ou discontinues, ou non apparentes.

Nous allons expliquer ces deux points.

I. Prescription des servitudes continues et apparentes. — *Conditions requises.* — Les servitudes continues et apparentes peuvent s'acquérir par prescription, à condition que la possession de la servitude soit exempte des mêmes vices, dont l'absence est indispensable pour l'acquisition de la propriété ; notamment elle ne doit être entachée, ni de précarité, ni de violence.

Du délai nécessaire pour la prescription des servitudes. — D'après l'article 690, la prescription des servitudes s'acquiert par trente ans de possession ; et comme pour la propriété, aucune condition de juste titre ni de bonne foi n'est nécessaire.

Mais nous savons qu'à côté de la prescription trentenaire, le Code civil a admis pour la propriété une prescription par dix à vingt ans, lorsque le possesseur de l'immeuble a juste titre et bonne foi. Faut-il étendre cette institution aux servitudes par analogie? La question peut se poser en pratique dans le cas où un propriétaire aurait acquis une servitude par donation ou par vente du possesseur de l'immeuble voisin qu'il croyait être véritable propriétaire, alors qu'il ne l'était pas en réalité.

La solution qui prévaut en jurisprudence et dans la doctrine est que la prescription de dix à vingt ans ne s'applique pas aux servitudes (1).

(1) Dans ce sens, Aubry et Rau, III, n° 251. Cass., 23 novembre 1875, D. 76.1.424. Voir cependant, en sens contraire. Planiol, I, n° 1929 qui s'appuie sur les termes généraux de l'article 2265. « Celui qui acquiert de

On s'appuie pour donner cette solution sur deux arguments de texte : 1° sur l'article 690, qui exige formellement une possession de trente ans ; 2° sur l'article 2264 qui écarte l'application des règles contenues au titre de la prescription en ce qui concerne les matières pour lesquelles la loi a réglémenté la prescription dans les titres qui leur sont propres.

Ce qui est bien le cas en ce qui concerne les servitudes, puisque la loi réglemente à leur égard la prescription acquisitive dans l'article 690 et la prescription extinctive dans les articles 706 à 710.

II. Interdiction de la prescripion des servitudes discontinues ou apparentes (1). — *Enoncé de la règle.* — Les servitudes discontinues et les servitudes non apparentes ne peuvent pas s'acquérir par une possession même immémoriale. Et il en est ainsi, même si elles ont été exercées en vertu d'un titre émané *a non domino*, même si elles ont été exercées après une contradiction formelle opposée au droit du propriétaire du fonds sur lequel elles s'exercent.

Raisons données pour écarter la prescription des servitudes discontinues. — Objections. — Pour justifier l'interdiction de la prescription discontinue, on a donné deux raisons :

1° On a dit d'abord, que la prescription n'était pas possible en cette matière, parce que la possession de ces servitudes était toujours entachée de précarité ; elle est le résultat d'une simple tolérance de la part du propriétaire, qui l'endure, pour maintenir des relations de bon voisinage avec ceux qui l'entourent.

Cette raison n'est pas fondée ; puisque nous avons constaté que la prescription était impossible en droit français pour les servitudes discontinues, même lorsque le vice de précarité est écarté par un titre émanant *a non domino* ou par une contradiction formelle opposée au propriétaire.

2° On dit aussi, pour justifier la solution du Code civil, que les servitudes discontinues, ne pouvant s'exercer que d'une façon intermittente, ne sont pas susceptibles d'une possession continue. Or une possession présentant ce caractère est indispensable pour qu'il y ait prescription (art. 2229).

bonne foi et par juste titre *un immeuble*... » Ce qui comprend la propriété immobilière comme les servitudes, qui sont des immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent.

(1) Consulter, à cet égard Aubry et Rau, § 251 ; Baudry-Lacantinerie, I, n° 1564 ; Planiol, I, n° 1924 et suivants.

Cette raison n'est pas meilleure que la précédente. En étudiant la théorie de la possession, nous avons expliqué que possession continue ne voulait pas dire possession continuelle. C'est une possession se manifestant par des actes réguliers — plus ou moins fréquents suivant la nature de la chose possédée — analogues à ceux qui résulteraient de l'exercice du droit de propriété par le véritable propriétaire. Ainsi, les pâturages qu'on ne peut utiliser que pendant la saison d'été ou d'hiver (*saltus æstivi hybernique*), sont l'objet d'une possession continue, bien que le propriétaire les laisse en repos pendant une grande partie de l'année.

Il est vraiment étrange que ce qui paraît suffisant pour la propriété ne le soit pas en ce qui concerne les servitudes.

Raison donnée pour écarter la prescription des servitudes non apparentes. — Pour justifier l'interdiction de prescrire les servitudes non apparentes, on dit que l'exercice de ces servitudes constitue un fait de possession clandestine, et que la possession qui conduit à la prescription doit être publique.

C'est encore là un motif inexact. Le fait de passer sur un fonds, celui de puiser de l'eau à un puits ou à une fontaine, celui de faire paître des animaux sur un champ, etc., sont des faits qui se produisent au grand jour. On ne s'explique pas pourquoi la loi les déclare insuffisants pour faire acquérir une servitude, alors qu'ils suffiraient pour l'acquisition de la propriété elle-même.

Solutions contradictoires qui en résultent. — De cet abandon des principes généraux en matière des servitudes résultent les solutions contradictoires suivantes :

1° On ne peut acquérir par prescription ni une servitude de passage, ni une servitude de pacage.

Mais en se servant d'un chemin d'exploitation ou d'un sentier pendant trente ans et en faisant sur ce chemin des dépenses d'entretien, pour le maintien en bon état, on peut, au bout de ces trente ans, acquérir la co-propriété de ce chemin (1).

De même, en usant du droit de pâturage, de vive et de grasse pâture, ou de secondes herbes sur un fonds, on peut être considéré comme ayant agi à titre de co-propriétaire et au bout de trente ans, on peut acquérir la co-propriété du champ (2).

Ainsi, les mêmes faits sont jugés suffisants pour faire acquérir

(1) Cass., 20 février 1866, S. 66.1.193.
(2) Cass., 8 mai 1886, D. 90.1.385.

la co-propriété — qui est le plus ; et inefficaces pour faire acquérir la servitude — qui est le moins ;

2° La servitude de passage ne peut pas s'acquérir par prescription ; et cependant, la loi elle-même décide, nous l'avons vu plus haut, que l'assiette et le mode de servitude de passage pour cause d'enclave s'acquièrent par trente ans d'usage continu.

Ces contradictions sont la preuve manifeste que le législateur a fait fausse route en abandonnant, à l'égard des servitudes continues et apparentes, les vrais principes de la prescription.

*** c) *La destination du père de famille.*

Sa notion. — Il y a destination du père de famille lorsque le propriétaire de deux fonds établit entre ces deux fonds un certain état de choses qui constituerait une servitude s'ils appartenaient à deux personnes différentes (art. 693).

Par exemple : il pratique dans le mur du fonds A une fenêtre d'aspect donnant sur le fonds B, à une distance moindre que la distance légale.

Tant que ces deux fonds lui appartiennent, il n'y a pas servitude, en raison de la règle *nemini res sua servit.* Mais, du jour où les deux fonds se trouvent de nouveau séparés par vente, donation, partage ou autrement, ce qui n'était qu'un état de fait devient une servitude.

On dit que la servitude est établie par la destination du père de famille, c'est-à-dire du propriétaire.

La loi présume que celui qui acquiert un immeuble sans faire de réserve dans l'acte au sujet du maintien d'un semblable état de fait consent par son silence à le subir ; il y a là une sorte de convention tacite. C'est ce qui a fait dire aux rédacteurs du Code, dans l'article 692, que la destination du père de famille valait titre.

Ses éléments constitutifs. — Pour qu'il y ait destination du père de famille, il est indispensable que deux conditions soient réunies :

1° Il faut que les deux fonds actuellement séparés aient appartenu à un même propriétaire ;

2° Il faut que ce soit ce propriétaire qui ait mis les choses dans l'état duquel résulte la servitude.

Remarque. — Cependant on assimile à ce cas :

a) Celui du propriétaire d'un seul et même fonds, qui établit sur une partie de son fonds une charge au profit d'une autre partie.

b) Celui du propriétaire de deux fonds, entre lesquels existait une servitude, qui a maintenu l'état de fait résultant de la servitude, après la réunion des deux fonds entre ses mains.

Sphère d'application de la destination du père de famille. — *Points certains.* — Deux points sont certains en ce qui concerne ce mode d'établissement des servitudes :

1° Les servitudes continues et apparentes peuvent s'acquérir par ce moyen (art. 692).

2° Les servitudes non apparentes — qu'elles soient continues ou discontinues — ne peuvent pas s'acquérir de cette façon. Cela se conçoit ; on ne peut pas présumer que l'acquéreur, par son silence, ait entendu consentir au maintien d'un état de choses qui ne lui a été révélé par aucun signe extérieur et qu'il a pu ignorer.

Point controversé. — Mais que décider à l'égard des servitudes discontinues apparentes, par exemple, d'une servitude de passage qui se révélerait par l'existence d'un sentier et d'une porte destinés à faciliter le passage de l'un des deux fonds au travers de l'autre ?

La difficulté vient de l'antinomie de deux textes, l'article 692 et l'article 694 : l'article 692 exigeant que la servitude soit à la fois continue et apparente, tandis que l'article 694 ne parle que « du signe apparent de servitude ».

Cette question est très discutée, et il n'y a pas moins de cinq systèmes proposés pour la résoudre ; nous n'exposerons que les deux principaux d'entre eux (1).

D'après le premier système, la conciliation entre l'article 692 et l'article 694 devrait être opérée de la façon suivante : lorsque la servitude est à la fois continue et apparente, le propriétaire du fonds qui invoque à son profit la destination du père de famille n'a pas à produire le titre qui a opéré la séparation des deux fonds, pour établir qu'il ne contient aucune clause contraire à la servitude. C'est à son adversaire à faire la preuve, à l'aide du titre, qu'une semblable clause y figure.

Il en est autrement, lorsque la servitude est apparente, mais discontinue. Dans ce cas, c'est au propriétaire du fonds — qui prétend à l'existence d'une servitude à son profit en vertu de la destination du père de famille — qu'il incombe de représenter l'acte qui a opéré la séparation des deux fonds, pour démontrer que cet

(1) Voir les autres systèmes exposés dans Aubry et Rau, III, § 252, note 9.

acte ne contient aucune clause contraire à l'existence de la servitude.

En faveur de ce système, on invoque les termes suivants de l'article 694 : « Si le propriétaire de deux héritages... dispose de l'un des héritages *sans que le contrat contienne aucune convention relative à la servitude...* » Pour savoir si cette condition est remplie, il faut donc que l'écrit qui constate ce contrat soit représenté en justice.

C'est le système le plus généralement suivi en doctrine et en jurisprudence (1).

D'après un second système, l'article 692 viserait le cas où l'état de choses duquel résulte la servitude aurait été constitué par le propriétaire des deux fonds pendant leur réunion entre ses mains ; dans ce cas, la destination du père de famille ne s'appliquerait que si les servitudes sont continues et apparentes. Au contraire, l'article 694 viserait le cas où le propriétaire aurait simplement maintenu un état de choses qui existait précédemment et qui constituait une servitude avant la réunion des deux fonds entre ses mains. Cette servitude, éteinte à ce moment par confusion, renaîtrait par la séparation nouvelle des deux fonds à la seule condition qu'elle soit apparente, sans qu'il soit nécessaire qu'elle soit continue.

En résumé, l'article 692 s'appliquerait à l'*établissement* d'une servitude nouvelle, et l'article 694 au *rétablissement* d'une ancienne servitude.

A l'appui de cette solution, on fait valoir deux arguments :

1° Les paroles du tribun Albisson dans son rapport au Tribunat (2) ;

2° Les termes de l'article 694 *in fine* «... elle *continue* d'exister... » ; elle *continue*, donc, elle avait existé précédemment.

§ 2. — Droits qui résultent de l'établissement des servitudes.

Situation du propriétaire du fonds dominant. — Celui qui a une servitude sur le fonds d'autrui peut en user suivant son titre, mais pas au delà. Ainsi, il peut faire tous les ouvrages nécessaires pour l'exercice de son droit ; mais il ne doit rien entrepren-

(1) Dans ce sens, Aubry et Rau, § 252 ; Baudry-Lacantinerie, I, n° 1569.
(2) Fenet, XI, p. 328. Dans ce sens, Planiol, I, n° 1944.

prendre, ni sur son fonds, ni sur le fonds servant qui soit de nature à aggraver l'exercice normal de la servitude (art. 697 et 702).

Par interprétation de la volonté des parties, l'article 696 porte que celui qui établit une servitude est censé accorder tout ce qui est nécessaire pour en user. Ainsi la servitude de puiser de l'eau à la fontaine d'autrui emporte nécessairement le droit de passage.

Situation du propriétaire du fonds servant. — Le rôle du propriétaire du fonds servant se borne à laisser faire, lorsqu'il s'agit d'une servitude positive, et à s'abstenir de tel ou tel fait, lorsqu'il s'agit d'une servitude négative. L'attitude que lui impose l'exercice de la servitude est donc une attitude purement passive.

Cependant, nous avons vu que le titre constitutif de la servitude pouvait mettre à sa charge certaines obligations, pourvu qu'elles n'aient qu'un caractère accessoire ; qu'elles aient pour but de faciliter l'exercice de la servitude et qu'elles ne constituent pas en elles-mêmes la servitude ; par exemple, l'obligation d'entretenir le chemin sur lequel doit s'exercer le droit de passage (art 698).

De semblables obligations ont un caractère plutôt réel que personnel. Il en résulte deux conséquences :

1° Le propriétaire du fonds servant peut s'en affranchir en abandonnant son fonds au propriétaire du fonds dominant (art. 699) ;

2° Cette obligation suit le sort de la servitude dont elle est l'accessoire. Elle s'attache, comme elle, au fonds servant, et grève successivement les acquéreurs de ce fonds.

Des actions relatives aux servitudes. — Les servitudes peuvent donner lieu à trois sortes d'actions : l'action confessoire, l'action possessoire, et l'action négatoire.

L'*action confessoire* est l'action par laquelle le titulaire d'une servitude veut faire reconnaître en justice l'existence de cette servitude. C'est l'action pétitoire qui sert de sanction aux servitudes, comme la revendication est la sanction du droit de propriété.

L'*action possessoire* est celle qu'exerce le propriétaire d'un fonds pour faire cesser le trouble apporté à l'exercice d'une servitude par le propriétaire du fonds servant.

Entre ces deux actions existe la différence suivante : la question qui est soulevée et qui doit être tranchée par le tribunal d'arrondissement, sur l'action confessoire, est la question de l'existence même de la servitude.

Au contraire, la question qui est soulevée et qui doit être tran-

chée par le juge de paix sur l'action possessoire, c'est une simple question de possession, indépendamment de toute question de droit.

L'*action négatoire* est l'action qu'intente le propriétaire d'un immeuble pour faire reconnaître que son fonds est libre de toute servitude.

§ 3. — De l'extinction des servitudes.

I. Causes d'extinction énumérées par le Code. — Les causes d'extinction énumérées par le Code civil sont au nombre de trois :

1° L'impossibilité d'exercice ;

2° La confusion ou consolidation ;

3° Le non-usage pendant trente ans.

Nous aurons à compléter cette liste qui est insuffisante.

Impossibilité d'exercice. — Les servitudes cessent lorsque les choses se trouvent en tel état qu'on ne peut plus en user (art. 703).

Il en serait ainsi, par exemple, pour une servitude de puisage, si la fontaine sur laquelle elle s'exerce était tarie, pour une servitude de barrage ou d'appui, si le barrage était détruit par une crue subite du cours d'eau.

Cependant, elles revivraient si les choses étaient rétablies de manière qu'on puisse en user, avant qu'il se soit écoulé un délai de trente ans (art. 704).

Confusion ou consolidation. — Il y a confusion ou consolidation lorsque le fonds dominant et le fonds servant sont réunis dans la même main (art. 705). Il y a alors impossibilité juridique à l'existence de la servitude en raison de la règle *nemini res sua servit.* Mais si cet obstacle juridique venait à prendre fin, par exemple, par suite de la nullité ou de la résolution de l'acquisition qui a opéré la réunion des deux fonds, la servitude renaîtrait.

Non-usage pendant trente ans. — *Principe.* — Les servitudes, qu'elles soient continues ou discontinues, apparentes ou non apparentes, s'éteignent par le non-usage pendant trente ans. C'est une prescription extinctive ; nous l'avons rencontrée déjà en ce qui concerne l'usufruit (1).

(1) L'article 708 ajoute que le mode de la servitude peut se prescrire comme la servitude même et de la même manière.

***Point de départ du délai.** — Le point de départ est différent suivant que la servitude est continue ou discontinue.

Pour les servitudes discontinues, le délai de trente ans commence à courir du jour où l'on a cessé d'en jouir ; par exemple, pour le droit de passage, du jour où on a passé pour la dernière fois.

Pour les servitudes continues, les trente ans courent seulement à partir du jour où il a été fait un acte contraire à la servitude ; par exemple, pour le droit de vue, du jour où on a muré la fenêtre.

****Du cas où le fonds dominant appartient à plusieurs co-propriétaires par indivis.* — Lorsque le fonds dominant appartient à plusieurs personnes par indivis, en raison du caractère indivisible de la servitude, ce droit ne peut subsister au profit d'un des co-propriétaires pour sa part et portion dans l'immeuble. Il en résulte les deux conséquences suivantes :

1° La jouissance d'un seul des co-propriétaires empêche la prescription de s'accomplir à l'égard de tous (art. 709).

2° Si parmi les co-propriétaires il s'en trouve un contre lequel la prescription n'ait pu courir, comme un mineur, il aura conservé le droit de tous les autres (art. 710).

II. Causes d'extinction non prévues par le Code. — Les causes d'extinction des servitudes, que le Code n'a pas prévues, mais dont il faut tenir compte sont :

1° *La renonciation du propriétaire du fonds dominant.* — D'après l'article 3 § 2 de la loi du 23 mars 1855, cette renonciation n'est opposable aux tiers que moyennant la transcription de l'acte de renonciation sur les registres du conservateur des hypothèques ;

2° *L'arrivée du terme.* — Nous avons vu, en effet, que si la servitude est de sa nature perpétuelle, elle peut cependant, être établie pour un temps déterminé ; lorsque le terme arrive, la servitude s'éteint ;

3° *L'arrivée d'une condition résolutoire* expresse, ou la résolution du droit du constituant, par application de la règle *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*.

Les servitudes peuvent-elles également s'éteindre par l'effet de l'usucapion de dix à vingt ans ? — Cette question se pose dans les termes suivants : une personne possède un immeuble avec juste titre et bonne foi, comme libre de toute servitude ; au bout de dix ou vingt ans, aura-t-il prescrit contre le titulaire de la servitude en même temps qu'il aura prescrit contre le véritable propriétaire de l'immeuble ?

En faveur de la solution affirmative, on invoque trois arguments :

l'ancien droit, qui admettait cette solution (1) ; l'article 2180 qui l'a reproduite formellement en matière d'hypothèques ; et la solution que l'on donne pour l'usufruit.

Malgré toutes ces raisons, l'opinion contraire triomphe en doctrine et en jurisprudence, et on écarte, pour les servitudes, la prescription de dix à vingt ans.

L'ancien droit a été abrogé par le Code civil ; l'article 2180 ne peut prévaloir contre le texte de l'article 706, qui pose comme règle absolue que les servitudes s'éteignent par trente ans de non-usage. Quant à l'analogie que l'on voudrait établir avec l'usufruit, il est facile de l'écarter en disant que le possesseur exerce l'usufruit au lieu et place de l'usufruitier ; dès lors, on comprend qu'il puisse l'acquérir par dix ou vingt ans comme il acquiert la propriété, tandis que le possesseur d'un immeuble n'exerce pas la servitude dont n'use pas le propriétaire du fonds dominant.

(1) Pothier, *Prescription*, nos 136 et 139.

Brocards et adages de droit civil.

Liste des textes, expliqués dans le volume, qu'il est indispensable de connaître en vue des examens.

Recueil méthodique des principales questions d'examen.

Introduction. — A quelle époque le Code civil a-t-il été rédigé ? Quels sont les membres de la commission qui fut chargée d'élaborer le projet primitif sous le consulat ? Quelle fut la première procédure suivie ? Quel fut le sort des deux premiers titres ? Comment modifia-t-on la procédure ? Qu'est-ce que la communication officieuse ? Combien d'éditions officielles a eues le Code civil ? Comment est divisé le Code civil ? Combien d'articles renferme-t-il ?

I. Exposé des théories générales. — 1° *Théories générales des lois.* — Qu'est-ce que la promulgation d'une loi ? Quelle est la formule actuelle ? De quoi résulte la publication sous l'empire du Code civil ? Est-ce une publication effective ? Quelle modification fut apportée sous la Restauration au système du Code civil ? Qu'est-ce qui rendit cette modification nécessaire ? Expliquez le régime établi par le décret du 5-7 novembre 1870. En résumé, comment a lieu actuellement la publication des lois ?

Principe de la non rétroactivité des lois. — En quoi consiste ce principe ? Quelle est sa raison d'être ? Quelle distinction fait-on pour en déterminer la sphère d'application ? Ce principe est-il d'ordre constitutionnel ? Ne pouvez-vous pas citer un exemple fameux d'une loi à laquelle on avait donné un caractère rétroactif ? Ce principe s'applique-t-il aux lois interprétatives ? Aux lois de compétence et de procédure ? Aux lois pénales ? En ce qui concerne les lois relatives à la capacité des personnes, quelle distinction faut-il faire ? Que décider en ce qui concerne le régime des successions ?

Du conflit des lois françaises et étrangères. — Peu de questions, ce point rentrant dans le cours de droit international privé.

Théorie générale de la personnalité juridique. — Qu'est-ce qu'une personne au point de vue juridique ? Combien distingue-t-on d'espèces de personnes ? Quand commence la personnalité juridique ? Comment cesse-t-elle ?

** *De l'Etat des personnes.* — Qu'est-ce que l'état d'une personne ? Quelles sont les conséquences qui en résultent au point de vue juridique ? Qu'est-ce qu'une question ou une action d'état ? Quels sont les caractères généraux des actions d'état ? En quoi ressemblent-elles aux actions réelles ?

*** *De la capacité des personnes.* — Doit-on confondre l'état et la capacité? Cette distinction offre-t-elle aujourd'hui un intérêt pratique ? Quels sont les deux degrés de l'incapacité ? Qu'est-ce que l'incapacité de jouissance ? Qu'est-ce que l'incapacité d'exercice ? Quelle est celle qui constitue l'incapacité proprement dite ? Qu'est-ce que la minorité ? Combien y a-t-il de classes de mineurs ? Quelle est la condition juridique du mineur non éman-

cipé ? En quoi diffère-t-il du mineur émancipé ? Quels actes le mineur émancipé peut-il faire seul ? Dans quelle situation peut se trouver une personne atteinte d'aliénation mentale ? Celle qui est atteinte de prodigalité ou de faiblesse d'esprit ? La femme mariée est-elle incapable à raison de son sexe ? En quoi consiste son incapacité ? Quelle en est la raison d'être ? Quelle est l'influence des condamnations pénales sur la capacité des personnes ? Quelle est la sanction des règles de l'incapacité ? Quel est le caractère de la nullité des actes faits par un incapable ? Que doit démontrer l'incapable pour obtenir la nullité ? Que doit faire un tribunal lorsqu'un acte juridique fait par un interdit judiciaire lui est déféré ? Comment le Code qualifie-t-il les actes juridiques d'un interdit judiciaire ? Comment concilier cette « nullité de droit » de l'article 502 avec la nullité relative dont sont frappés les actes juridiques d'un interdit ? Quelle preuve doit fournir en plus le mineur ? La preuve de la lésion est-elle exigée pour tous les actes qu'il a pu faire seul ? N'y a-t-il pas un cas où les actes faits par un incapable sont d'une nullité absolue ?

*** *Actes de l'état civil.* — Qu'est-ce qu'un acte de l'état civil ? Quelles personnes figurent dans la rédaction de ces actes ? Quelle différence existe entre les déclarants et les témoins ? Quelle différence de capacité entre les témoins dans les actes de l'état civil et dans les actes notariés ? Pourquoi la loi exige-t-elle la rédaction sur des registres ? Comment ces registres sont-ils tenus ? Pourquoi cette formalité d'un double registre ? En quoi consiste la publicité des registres ? Quel est le sens exact du mot « extraits » ? Quelle est leur force probante ? Qu'est-ce à dire qu'ils font foi jusqu'à inscription de faux ? Quelles sont les parties de l'acte qui font foi jusqu'à preuve contraire ? Quelles sont celles qui n'ont aucune force probante ? Dans quels cas peut-on suppléer aux registres ? Que décider au cas d'un acte isolé qui a été omis ? Que décide dans ce cas la jurisprudence ? Sur quoi s'appuie-t-elle ? Lorsqu'une erreur existe dans un acte de l'état civil, l'officier de l'état civil peut-il la faire disparaître ? Qui a qualité pour opérer cette rectification ? Qui peut la provoquer ? Le ministère public a-t-il ce droit ? Le jugement rectificatif d'un acte de l'état civil a-t-il force de chose jugée vis-à-vis de tous les intéressés ? Y a-t-il un moyen de lui faire avoir force de chose jugée à leur égard ?

Actes de naissance. — A qui incombe l'obligation de déclarer la naissance d'un enfant ? Dans quel délai ? Combien de témoins sont nécessaires ? Que doit vérifier l'officier de l'état civil ? Dans l'acte de naissance d'un enfant naturel, doit-on indiquer le nom du père ? Celui de la mère ?

Actes de décès. — Par qui doit être faite la déclaration ? La loi a-t-elle prescrit la rédaction de l'acte de décès dans un certain délai ? Comment obtient-on en pratique l'observation de cette formalité ? Quelles mentions doit contenir l'acte de décès ? Quelle différence pouvez-vous remarquer avec l'acte de naissance ? Quelle force probante faut-il accorder à l'indication du jour et de l'heure du décès dans l'acte ? Dans quel cas y a-t-il lieu à constation du décès par jugement ? Quelle est l'autorité de chose jugée en pareil cas ?

*** *Du domicile.* — Qu'est-ce que le domicile ? Est-ce la même chose que la résidence ou l'habitation ? Quelles sont les différentes sortes de domicile ? Toute personne a-t-elle un domicile ? Peut-on avoir plusieurs domiciles ? Que décider en ce qui concerne les personnes morales ? Ne peuvent-elles pas avoir plusieurs domiciles ? Toute personne peut-elle se choisir librement son domicile ? Quelles sont celles dont la loi détermine le domicile ?

Qu'est-ce que la loi entend par fonctionnaires inamovibles ? A partir de quel moment ont-ils leur domicile au lieu où ils exercent leurs fonctions ? Quel est le domicile des mineurs non émancipés ? Cette règle s'applique-t-elle aux enfants naturels ? Quel est l'effet de l'interdiction judiciaire du mari sur le domicile de sa femme ? A quelle condition les serviteurs sont-ils domiciliés chez leur maître ? Quels sont les effets que la loi attache au domicile ? Est-ce seulement au point de vue des procès pour déterminer la compétence, qu'il y a intérêt à déterminer le domicile ? Peut-on faire un acte de la vie civile en dehors du lieu de son domicile ? Quelle est sur ce point la règle générale ? L'acte de naissance ne peut-il être dressé qu'au domicile ? A quels éléments s'attache-t-on d'ordinaire pour déterminer le domicile d'une personne ? Cette détermination est-elle toujours conforme à la réalité des choses ? Quelles sont les différentes espèces de domicile reconnues par la loi ? Qu'est-ce que le domicile d'élection ? Citez des cas où la loi exige qu'on fasse une élection de domicile.

Personnes morales. — Qu'est-ce qu'une personne morale ? Comment peut-on les classer ? Comment se forment les personnes morales ? Quelle innovation contient à cet égard la loi du 1er juillet 1900 ? Les personnes morales ont-elles toute la même capacité de jouissance ? Qu'est-ce que a règle de la spécialité ? Est-ce une règle ayant une portée juridique ? Ou n'est-ce qu'une règle de police administrative ? Quelles sont les causes d'extinction des personnes morales ?

II. — Du mariage. — *Notions préliminaires.* — Quels sont les traits caractéristiques du mariage ? Qu'est-ce que la sécularisation du mariage.

1re *Section. — Formation du mariage.* — Enumérer les conditions requises pour pouvoir se marier. Pourquoi exige-t-on le consentement des parents ? Jusqu'à quel âge le consentement est-il nécessaire ? A quels parents un enfant légitime doit-il demander le consentement quand il a son père et sa mère ? *Quid* en cas de désaccord entre eux ? Peut-on se dispenser de consulter la mère ? Quand le consentement de la mère suffit-il ? *Quid* lorsque le futur époux a seulement ses aïeuls ou aïeules ? *Quid* si dans une ligne il y a désaccord ? *Quid* s'il y a désacord entre les deux lignes ? *Quid* si le futur n'a plus d'ascendant ? — Que décider à l'égard de l'enfant naturel s'il n'a plus ni père ni mère ? Qui nomme le tuteur *ad hoc* ? Dans quelle forme est donné le consentement ? Qu'est ce que les actes respectueux ? Dans quelle forme sont-ils accomplis ? Combien sont nécessaires ? Quel délai doit s'écouler entre l'acte respectueux et le mariage ? Dans quelle mesure l'alliance est-elle un obstacle au mariage ? et la parenté ? Quelles formalités précèdent le mariage ? Quel est le but des publications ? Théoriquement comment devraient-elles être faites ? En pratique comment sont-elles faites ? Combien de publications sont nécessaires ? Après combien de temps le mariage est possible ? Pourquoi le délai de trois jours ? Quelles dispenses peuvent être accordées en matière de publications ? Qui les accorde ? Où doivent être faites les publications ? Quelle est la sanction du défaut de publication ? Quel est l'officier de l'état civil compétent pour célébrer le mariage ? Quelle difficulté a soulevée cette question ? Quels articles sont en opposition à cet égard ? Comment les concilie-t-on ? Qu'est-ce qu'on entend par opposition au mariage ? Qui peut former opposition ? Les ascendants ont-ils cumulativement le droit de former opposition ? Pour quelle cause peuvent-ils former opposition ? Dans quelle limite les collatéraux ont-ils le droit d'opposition ? Pour quelles causes ? Dans quels cas le

tuteur ou le curateur a-t-il le droit d'opposition ? Le ministère public peut-il former opposition au mariage en dehors des cas formellement prévus ? Dans quelle forme est faite l'opposition ? Quelles mentions doit contenir l'acte d'opposition ? A qui doit-il être notifié ? Quel effet produit une opposition régulière ? L'officier de l'état civil est-il juge de l'opposition ? Qu'arriverait-il si l'officier de l'état civil ne tenait pas compte d'une opposition régulière ? Comment le mariage est-il rendu possible ? Quel est le pouvoir du tribunal auquel on demande la mainlevée d'une opposition ? Qu'est-ce qu'un empêchement au mariage ? Qu'est-ce qu'un empêchement dirimant ? Qu'est-ce qu'un empêchement prohibitif ? Quels sont les empêchements prohibitifs ? Quels sont les empêchements dirimants ? Quel est à cet égard le système de la jurisprudence ? Quelles objections a-t-il soulevées ? Quels sont les trois degrés de la nullité du mariage ? Quand un mariage est-il inexistant ? Quelle est l'origine de cette théorie ? Quels sont les caractères distinctifs des nullités absolues ? Quelles sont les causes de nullités absolues ? Qui peut invoquer ces nullités ? Quel est le caractère de l'action en nullité entre les mains des ascendants ? A quelle condition les collatéraux et les enfants d'un autre lit peuvent-ils exercer cette action ? Peuvent-ils l'intenter du vivant des époux ? Quelle particularité présente la nullité pour bigamie ? Quand y a-t-il bigamie ? La nullité pour clandestinité peut-elle se couvrir ? Quelles particularités présente la nullité pour impuberté ? Pourquoi les ascendants qui ont consenti au mariage ne peuvent ils pas l'exercer ? Comment peut se couvrir cette nullité ? Quels sont les caractères distinctifs des nullités relatives ? Quelles sont les causes de nullité relative ? Quels vices de consentement sont admis en matière de mariage ? Le dol est-il une cause de nullité ? Pourquoi ? Dans quel cas l'erreur est-elle une cause de nullité du mariage ? Qu'est-ce que l'erreur sur la personne physique ? L'erreur sur la personne civile ? L'erreur sur les qualités substantielles est-elle une cause de nullité ? A qui appartient l'action en nullité pour erreur ou violence ? Comment peut se couvrir cette nullité ? Le défaut de consentement du tuteur *ad hoc* est-il une cause de nullité ? A qui appartient l'action en nullité ? Comment peut se couvrir la nullité à l'égard de l'époux mineur quant au mariage ? A l'égard des ascendants ? Qu'est-ce que le mariage putatif ? A quelle condition un mariage a-t-il ce caractère ? En quoi consiste la bonne foi ? A quel moment elle doit exister ? Doit-on la présumer ? Faut-il que le mariage soit au moins existant ? Quels effets produit le mariage putatif lorsque les deux époux sont de bonne foi ? Les enfants sont-ils légitimés même lorsque le mariage est entaché de bigamie ou d'inceste ? *Quid* lorsqu'un seul des époux était de bonne foi ? Comment se fait en principe, la preuve du mariage ? Quand la preuve testimoniale est-elle recevable ? La possession d'état d'époux suffit-elle pour prouver le mariage ? Pourquoi non ? La possession d'état est-elle sans aucune influence ? Exposer la difficulté que soulève l'article 196. Que décide à cet égard la jurisprudence ? Dans quel cas la possession d'état sert-elle à prouver le mariage ? Quelles sont les conditions qui doivent être réunies pour cela ? Quand la preuve du mariage résulte-t-elle d'une procédure criminelle ? Quelle règle particulière la loi a-t-elle établie au cas de décès de l'officier de l'état civil ? Pourquoi cette précaution ?

IIe Section. — Effets du mariage. — Quelles sont les obligations réciproques des époux ? Quelles différences existent en droit pénal entre le mari et la femme au point de vue de l'adultère ? — Qu'est-ce que la puissance maritale ? La loi en a-t-elle parlé avec détails ? Quelles sont les conséquen-

ces qui en résultent? — En quoi consiste l'incapacité de la femme mariée? Quelle en est l'origine historique? Quel en est le fondement? Est-ce l'autorité maritale? Est-ce l'incapacité naturelle de la femme tenant à son sexe? Quelle est l'étendue de l'incapacité de la femme mariée? Quels actes elle peut faire sans autorisation? Quelle modification le contrat de mariage peut-il apporter à cette incapacité? Quel est le régime sous lequel la femme est la plus capable? Celui où elle est la plus incapable? Quand prend fin l'incapacité de la femme mariée? A quel moment doit être donnée l'autorisation du mari? Cette autorisation doit-elle être expresse? Dans quelle forme doit-elle être donnée? De quel acte résulte l'autorisation tacite? Dans quels cas la justice peut-elle autoriser la femme? Quand ne peut-elle pas intervenir? Que décider en ce qui concerne le commerce? un engagement théâtral? *Quid* pour être avocat? L'autorisation du mari peut-elle être générale? dans quels cas peut-il en être ainsi? *Quid* lorsque le mari fait un acte avec sa femme? Quelle est la sanction de l'incapacité de la femme? Quel est le caractère de la nullité de l acte? Qui peut exercer l'action en nullité? Comment peut disparaître la nullité? Quel est le point de départ de la prescription de dix ans?

IIIe Section. — Dissolution du mariage. — Comment se dissout le mariage? Faites l'historique du divorce? Sous l'empire du Code civil combien y avait-il de sortes de divorce? La loi de 1889 a-t-elle rétabli le divorce par consentement mutuel? Pourquoi? Quelles sont les causes du divorce? Quelle innovation a réalisée la loi de 1884 au point de vue de l'adultère du mari? Au point de vue de la condamnation criminelle? Quel est le sens du mot *in fine* graves? Quelles différences existent entre les différentes causes de divorce? Qui peut exercer l'action de divorce? Le tuteur peut-il l'exercer au nom de l'interdit judiciaire? Quelles sont les fins de non-recevoir à l'action du divorce? Quel est le tribunal compétent? Exposer la marche générale de la procédure? Devant quel magistrat a lieu le préliminaire de conciliation? Quelles voies de recours sont possibles contre le jugement de divorce? Quelles particularités présente l'appel? Le pourvoi en cassation? Le divorce est-il définitif à partir du jugement lui-même? Dans quel délai doit être faite la transcription? Qui peut la requérir? Quelle en est la sanction? Quand la transcription doit être faite? Quelles sont les mesures conservatoires qui peuvent être prises au cours de l'instance à l'égard de la femme? A l'égard des enfants? Pour la sauvegarde des intérêts pécuniaires de la femme? Quels effets produit le divorce à l'égard des époux? Quelles déchéances subit l'époux coupable? Les époux divorcés peuvent-ils se remarier ensemble? Dans quels cas ne le peuvent-ils pas? Que devient l'obligation alimentaire entre époux? Expliquez l'article 301. Quels effets produit le divorce à l'égard des enfants? Quels effets de la puissance paternelle subsistent à l'égard de l'époux coupable?

** *De la filiation légitime.* — Qu'est-ce que la filiation légitime? La loi a-t-elle traité de la même façon la filiation légitime et la filiation naturelle au point de vue des moyens de preuve? Pourquoi cette différence? Quels faits doit prouver celui qui veut faire la preuve de sa filiation légitime? Comment établir que la conception de l'enfant se place pendant le mariage? Quelle est la situation de l'enfant né moins de 180 jours depuis la célébration du mariage? Comment expliquer cette solution de la loi? Quel intérêt présente la question? Quelle est la situation de l'enfant né plus de trois cents jours après la dissolution du mariage? Comment l'enfant légitime peut-il faire la preuve de la maternité? Que prouve l'acte de naissance?

Comment peut-il faire la preuve de la paternité ? Qu'est-ce que la possession d'état ? Quels sont ses éléments constitutifs ? Quels caractères doit avoir la possession d'état ? Quelle est la force probante de la possession d'état lorsqu'elle est conforme à l acte de naissance ? A quelle condition la preuve testimoniale est-elle recevable comme moyen de prouver la filiation légitime ? Qu'est-ce que l action en contestation de légitimité ? Qu'est-ce que l action en désaveu ? Quelles sont les causes de désaveu ? Ont-elles toutes la même force ? Qu'est-ce qu'on entend par causes péremptoires de désaveu ? Quelles sont elles ? Le recel de la naissance de l'enfant n est-il une cause de désaveu que s'il est accompagné de la preuve de l'adultère de la femme ? A qui appartient l'action en désaveu ? Les créanciers du père peuvent-ils l'exercer à sa place, s'il néglige de s'en servir ? A quelle condition est-elle transmissible aux héritiers ? Quel caractère affecte-t-elle à leur égard ? Dans quel délai l'action doit-elle être intentée par le mari ? Par ses héritiers ? Quel moyen a-t-on pour prolonger le délai d'un mois ? Contre qui doit être exercé l'action en désaveù ? Qui désigne le tuteur *ad hoc* chargée de représenter l'enfant au procès ? Qu'est-ce que l'action en réclamation d'état ? A qui appartient l'exercice de cette action ? Quelle est sa durée entre les mains de l'enfant ? A quelle condition est-elle transmissible à ses héritiers ? Lorsque cette action est le résultat d'un crime ou d'un délit de suppression d'état, quelles règles particulières les gouvernent ? Pourquoi les tribunaux répressifs sont-ils incompétents pour en connaître ? La raison qui a déterminé les rédacteurs du Code est-elle exacte ? Dans quel ordre le procès civil et le procès criminel seront-ils jugés ? Le ministère public est-il libre de poursuivre ?

******Filiation naturelle***. — Quel est le mode normal de constatation de la filiation naturelle ? Quels sont les caractères de la reconnaissance volontaire ? Dans quelle forme peut-elle être faite ? Qui a qualité pour faire la reconnaissance ? Quel est d'après la jurisprudence l'effet de l'indication du nom de la mère dans l'acte de reconnaissance du père ? Cette conclusion est-elle conforme aux travaux préparatoires de l'article 336 ? Quelle est la capacité nécessaire pour reconnaître un enfant naturel ? A quelle époque un enfant naturel peut être reconnu ? Qu'est ce que la reconnaissance forcée ? Est elle possible à l'égard du père naturel ? Pourquoi la loi a-t-elle, en principe, interdit la recherche de la paternité ? Cette solution n'est-elle pas critiquable ? Dans quel cas, par exception, la recherche de la paternité est-elle possible ? — La recherche de la maternité est-elle autorisée dans tous les cas ? Pourquoi cette différence ? Qui peut l'exercer ? Quels moyens peut-il employer dans ce but ? L'acte de naissance est-il possible ? *Quid* de la possession d'état ? Que décidait la Cour de cassation jusqu'en 1834 ? N'y a-t-il pas encore un cas aujourd'hui dans lequel la possession d'état peut être invoquée par l'enfant naturel ?

A quelle condition la preuve testimoniale est-elle recevable ? La reconnaissance d'enfant naturel produit-elle toujours les mêmes effets ? *Quid* lorsqu'elle a été faite pendant le mariage d'un de ses parents ?

Légitimation. — Quel est le seul procédé de légitimation reconnu par le Code civil ? A quelles conditions est subordonnée la légitimation par mariage subséquent ? Quels sont les effets de la légitimation ?

Adoption. — Matière peu importante ; rares questions aux examens. Quelles sont les conditions de l'adoption du chef de l'adoptant ? Du chef de l'adopté ? Peut-on adopter un enfant naturel ? Quelles ont été sur ce point les variations de la jurisprudence ? Quels sont les effets de l'adoption au point de vue successoral ?

***Obligation alimentaire*. — Entre quels parents existe-t-elle ? Existe-elle en ligne collatérale ? Entre quels alliés ? Quand cesse-t-elle entre parents ? Entre alliés ? La loi a-t-elle établi un ordre entre les parents et les alliés ? Quel est celui qui est généralement suivi en pratique ? Quel est l'objet de l'obligation alimentaire ? Dans quel cas peut-elle être exécutée en nature ?

**Puissance paternelle*. — En quoi cette institution diffère-t-elle de la *patria potestas Romaine* ? A qui appartient la puissance paternelle ? Dans quel cas passe-t-elle à la mère ? Quels sont les attributs de la puissance paternelle ? En quoi consiste l'obligation d'entretien ? D éducation ? Est-elle subsidiaire ou principale ? Qu'est-ce que le droit de correction ? Comment s'exerce-t-il ? Qu'est-ce qu'exercer le droit de correction par voie d'autorité ? Jusqu'à quel âge le père peut user de ce procédé ? Dans quel cas même à l'égard d'un mineur de seize ans il est obligé d'agir par voie de réquisition ? Qu'est-ce que l'administration légale ? En quoi diffère-t elle de la tutelle ? Quelle est l'étendue des pouvoirs du père administrateur légal ? — Qu'est-ce que la jouissance légale ? Quelle en est la raison d être ? Quelle en est l'origine historique ? Quels biens échappent à ce droit ? Quelles en sont les charges ? Qu'est-ce que la loi entend par frais funéraires et de dernière maladie ? Qu'est-ce que le paiement des *arrérages* ? En quoi la jouissance légale diffère-t elle de l'usufruit ordinaire ? Quelle loi a autorisé la déchéance de la puissance paternelle ? Comment cette déchéance a-t-elle lieu ? Citez des causes de déchéance légale ? Des causes de déchéance facultative ? La puissance paternelle existe-t-elle à l'égard des enfants naturels ? L'administration légale est-elle admise ? Que décider du droit de jouissance légale ?

III. Les incapables. — Quelles sont les différentes causes d'incapacité ? Quels sont les différents régimes de l'incapacité ?

** *Tutelle des mineurs non émancipés*. — Qu'est-ce que la tutelle ? Quels faits lui donnent ouverture ? Quels en sont les différents organes ? Qu'est-ce que la tutelle légale du survivant des père et mère ? Quelles sont les particularités de la tutelle de la mère survivante ? Quel moyen le père a-t-il pour limiter ses pouvoirs ? Qu'arrive-t-il quand la mère survivante se remarie ? Qu'est ce que la tutelle testamentaire ? La mère survivante a-t-elle toujours le droit de désigner un tuteur testamentaire ? Quand s'ouvre la tutelle des ascendants ? A quel ascendant est-elle accordée ? Quel est le double rôle du subrogé tuteur ? Qu'est-ce que le conseil de famille ? Comment est-il composé ? Quelles sont ses attributions ? Ses délibérations ne sont-elles pas susceptibles de recours devant le tribunal civil ? Quelles sont les fonctions du tuteur à l'égard de la personne du pupille ? Quelle distinction s'impose ? En quoi consiste ses fonctions à l'égard des biens ? Quelle différence existe à cet égard avec le droit romain ? Quels actes le mineur peut faire seul. Quels actes le tuteur peut faire sans remplir aucune formalité. Quels sont ceux pour lesquels l'autorisation du conseil de famille est nécessaire. Parlez-nous de la loi du 27 février 1880. A quel besoin répondait le vote de cette loi ? Quelle limitation cette loi a apportée aux pouvoirs du tuteur ? Quelles obligations elle lui a imposées pour la sauvegarde de la fortune mobilière du pupille Quelles obligations incombent au tuteur à son entrée en fonction ? Quelles obligations à la fin de la tutelle ? Expliquez les mesures établies par la loi pour que le compte de tutelle soit rendu d'une façon sérieuse ? Quel est le sort des actes faits par un mineur ?

****Emancipation et curatelle*. — Qu'est-ce que l'émancipation ? En quoi diffère-t-elle de l'émancipation du droit romain primitif ? D'où résulte l'é-

mancipation ? Qui peut émanciper l'enfant d'une façon expresse ? Dans quelle forme a lieu l'émancipation ? Quels sont les effets de l'émancipation ? En quoi la curatelle diffère-t-elle de la tutelle ? Le personnel est-il aussi compliqué ? Les garanties aussi grandes ? Quels actes le mineur émancipé peut faire seul ? Quel est le sort de ces actes ? Ne peuvent-ils pas être attaqués dans certains cas ? La loi du 27 février 1880 s'applique-t-elle aux mineurs émancipés ?

** *Interdiction judiciaire.* — Qui peut être interdit judiciairement ? Quelle est la procédure de l'interdiction judiciaire ? Dans quel cas le ministère public peut-il agir en interdiction ? Quelle publicité est organisée par la loi ? Quelles sont les particularités de la tutelle de l'interdit ? En quoi diffère-t-elle de celui du mineur ? De quelle espèce de nullité sont frappés les actes faits par un interdit ? Qu'oppose-t-on aux nullités relatives ? N'a-t-on pas dit qu'un interdit pouvait faire des actes juridiques très importants ? Comment a-t-on pu soutenir qu'un fou interdit pouvait valablement se marier, tester, reconnaître un enfant naturel ? Quel avantage y a-t-il à supprimer par l'interdiction les intervalles lucides pendant lesquels un fou non interdit pourrait contracter des actes juridiques ? Que doit faire le tribunal en présence d'un acte juridique fait par un interdit lorsque cet acte lui est déféré ? Comment le Code civil qualifie-t-il les actes juridiques d'un interdit ? Comment concilier cette « nullité de droit » avec la « nullité relative » dont sont frappés les actes juridiques d'un interdit ? Quelles conséquences tirez-vous de ce fait que la nullité de l'acte juridique est une nullité relative ? Montrez les différences qui existent entre le fou interné dans un asile ? Lorsqu'un fou n'est ni interné ni interdit ses actes sont-ils valables ? A quelle condition ses actes peuvent être annulés ? Ses héritiers peuvent-ils les attaquer ? A quelle condition ? Montrez comment l'incapacité de la personne pourvue d'un conseil judiciaire a été étendue dans la pratique par la jurisprudence.

IV. Des Biens. — Qu'est-ce qu'on entend par patrimoine ? quelle relation existe entre la notion du patrimoine et la notion de la personnalité ?

** *Classification des droits.* — Quels droits peuvent composer le patrimoine ? Qu'est-ce qu'un droit réel ? Qu'est-ce qu'un droit de créance ? Quelles différences existent entre ces deux droits notamment au point de vue de l'attitude que l'exercice du droit impose aux tiers ? Quels sont les droits réels en droit français ? Peut-on en allonger la liste ? Comment peut-on les grouper ? Quelles sont les causes de la supériorité du droit réel sur le droit de créance ? Qu'est-ce que le droit de préférence ? Qu'est-ce que le droit de suite ?

*** *Distinction en meubles et immeubles.* — Quels intérêts présente cette distinction ? A quoi tiennent toutes ces différences ? Au moment de la rédaction du Code civil, quels biens avaient le plus de valeur ? En est-il encore ainsi aujourd'hui ? Quelle est la cause du développement des valeurs mobilières ? Combien y a-t-il d'espèces d'immeubles ? Qu'est-ce qu'on entend par immeubles par destination ? Combien y en a-t-il d'espèces ? Entre les deux sortes d'immeubles par destination, quelle différence existe ? Qui peut faire un immeuble par nature ? Un immeuble par destination ? Qu'est-ce qu'un immeuble par déclaration ? Combien y a-t-il d'espèces de meubles ? Quels sont les meubles par la détermination de la loi ? Citez le numéro de l'article qui s'en occupe ? Qu'est-ce que veut dire « obligation » ? « actions » « ayant pour objet une somme exigible ? » A quoi cette dernière expression

fait-elle allusion par antithèse ? Que veut dire « actions ou intérêts » ? Quelle différence entre ces deux parts d'associés ? Comment expliquer que le droit des associés soit mobilier, même si le fonds social comprend des immeubles ? Quelle déduction a-t-on tiré de cet article ? Qu'est-ce qu'une rente ? Combien y a-t-il d'espèces de rentes au point de vue de la durée ? Au point de vue de la cause d'établissement de la rente ? Quel est le caractère juridique du droit du crédi-rentier ? En a-t-il toujours été ainsi ? Qu'est-ce que le rachat d'une rente ? Expliquer le sens de ce mot ? Qu'est-ce qu'on a vendu au moment de l'établissement de la rente et qu'on rachète ensuite ? Quelles sont les rentes qui ne sont pas rachetables ? Pourquoi ?

*** *De la propriété considérée en elle-même.* — Qu'est-ce que la propriété? Quels en sont les caractères ? La propriété, malgré son caractère absolu, ne comporte-t-elle pas des limitations ? *** Quand la propriété est-elle inaliénable ? Que décide à cet égard la jurisprudence? *** Quelle limitation la propriété subit par suite de la réglementation des mines ? Quelle est la loi en vigueur sur cette matière ? Quelle innovation contient cette loi au point de vue du dédoublement de l'immeuble ? Qu'est-ce que la redevance tréfoncière ? Quel en est le caractère ?

** *Etude de la possession.* — Qu'est-ce que posséder ? Est-ce la même chose qu'être propriétaire ? Le possesseur a-t-il tous les droits du propriétaire ? Peut-on être propriétaire et ne pas posséder ? Peut-on être possesseur et ne pas être propriétaire ? Donner un exemple ? Quelle différence y a-t-il entre un détenteur et un possesseur ? Le fermier est-il possesseur ou détenteur ? Quelle est la situation du voleur par rapport à la chose volée ? Pourquoi le fermier ne possède-t-il pas ? Quel est le possesseur dans le cas du fermage ? Quels sont les éléments de la possession ? Que manque-t-il au fermier pour être possesseur ? Y a-t-il des modes d'acquisition de la propriété qui supposent la possession ? En droit français, en connaissez-vous ? Quels sont-ils ? Comment s'acquiert la possession ? Peut-on réaliser cette acquisition par l'intermédiaire d'autrui ? Comment se perd la possession ? Qu'est-ce que le vice de précarité ? La précarité est-elle, à proprement parler, un vice de la possession ? Pourquoi non ? Est-ce un vice absolu ? Comment peut disparaître la précarité ? Que signifie cette règle qu'on ne peut pas changer à soi-même son titre de possession ?

** *Acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi.* — Pourquoi le possesseur de bonne foi acquiert-il les fruits de l'immeuble ? A quelle condition est subordonnée cette acquisition ? Quand le possesseur est-il de bonne foi ? Faut-il que le possesseur ignore tous les vices de son titre ou suffit-il qu'il ignore le vice relatif à la propriété ? Le titre putatif suffit-il pour faire acquérir les fruits par le possesseur ? Pourquoi cette différence avec l'usucapion de dix à vingt ans ? Comment se fait la preuve de la bonne foi ? A quel moment doit-elle exister ? N'y a-t-il pas sur ce point une différence avec l'usucapion ? Quels fruits acquiert le possesseur ? Comment acquiert-il les fruits civils ? Exposer sur ce point la controverse. N'y a-t-il pas un moment à partir duquel le possesseur, même de bonne foi, doit restituer les fruits au revendiquant ?

** *De la règle « en fait de meubles possession vaut titre ».* — Quel est le sens de cette règle ? Quelle est sa portée pratique ? Quelle est sa nature juridique ? Peut-on dire qu'il y a là un cas de prescription instantanée ? Quelle est la raison d'être de cette règle ? Quelle en est l'origine historique ? Existait-elle en droit romain ? Pendant combien de temps à Rome pouvait-on revendiquer un objet mobilier ? Quelles sont les conditions d'application

de cette règle ? Est-il nécessaire que le possesseur ait juste titre ? Pourquoi cela est inutile. Dans quel cas, par exception, la revendication est-elle autorisée ? Faut-il étendre au cas d'abus de confiance la solution donnée par la loi pour le cas du vol ? Pourquoi ne doit-on pas admettre cette extension ? N'y a-t-il pas une différence entre les deux cas ?

***Différentes manières d'acquérir la propriété.* — Comment peut-on classer les différentes manières d'acquérir ? Quel intérêt y a-t-il à distinguer l'acquisition à titre universel de l'acquisition à titre particulier ?

*** *De l'effet des obligations ou de la convention.* — Comment s'opère le transfert de propriété à la suite d'une convention ? Le simple consentement suffisait-il en droit romain ? Que décidait-on à cet égard dans notre ancien droit ? Comment s'est fait le changement de législation ? En quoi a consisté l'innovation des rédacteurs du Code ? Quels articles consacrent cette solution ? L'article 1138 n'appelle-t-il pas quelques observations en raison de son texte ? N'y a-t-il pas des cas exceptionnels dans lesquels le transfert de propriété ne résulte pas de la convention elle-même ?

*** *Transfert de propriété des meubles à l'égard des tiers.* — Le seul consentement suffit-il pour opérer le transfert de propriété d'un objet mobilier même à l'égard des tiers ? Sur quel article s'est-on appuyé pour prétendre que la tradition était nécessaire ? Est-ce ainsi qu'il faut entendre l'article 1141 ? Cette controverse offre-t-elle un intérêt pratique ? Dans quel cas ?

*** *Transfert de propriété des immeubles à l'égard des tiers à la suite d'un acte à titre onéreux.* — Que décidait sur ce point notre ancien droit français ? Comment appelait-on les coutumes qui avaient organisé des mesures de publicité dans l'intérêt des tiers ? Ne connaissez-vous pas une loi de la période intermédiaire très importante à cet égard ? Que décide sur ce point le Code civil ? Est ce que le maintien de la transcription n'a pas été soutenu ? Sur quoi a-t-on pu s'appuyer pour le prétendre ? Quel inconvénient présentait le système du Code civil ? N'y avait-il pas une contradiction dans l'œuvre des rédacteurs du Code civil ? Quelle est la loi qui est actuellement en vigueur à cet égard ? Quels actes doivent être transcrits ? Quelle est la sanction du défaut de transcription ? Quelles personnes ont la qualité de tiers d'après la loi de 1855 ? Que décider à l'égard des créanciers chirographaires ?

*** *Transfert de propriété des immeubles à l'égard des tiers à la suite d'une donation entre vifs.* — Le simple consentement suffit-il ? Comment expliquer cette contradiction du Code, le consentement reconnu comme suffisant dans un acte d'aliénation à titre onéreux et insuffisant dans un acte d'aliénation à titre gratuit ? Quelle est l'origine de la transcription dans la donation ? Quel est le sens du mot tiers dans la loi du 23 mars 1855 ? Que décider en ce qui concerne les créanciers purement chirographaires ? *Quid* des héritiers du donateur ? Le sens du mot tiers est-il resté le même en matière de donation malgré la loi de 1855 ?

****De la prescription acquisitive.* — Qu'est-ce que la prescription acquisitive ? Comment peut-on justifier cette institution ? Quelles sont les conditions requises pour l'usucapion ? Quelle différence y a-t-il entre la prescription acquisitive et la prescription extinctive ? A quoi s'applique la prescription extinctive, en dehors de la propriété ? La durée de la prescription acquisitive est-elle toujours de 30 ans ? Dans quel cas s'applique la prescription de 10 à 20 ans ? Suffit-il que le possesseur soit de bonne foi pour invoquer cette prescription ? Qu'est-ce que le juste titre ? Y a-t-il des titres qui ne transfèrent pas la propriété même quand ils émanent du pro-

priétaire ? Quand applique-t-on le délai de 10 ans ? Quand le délai de 20 ans ? Comment se compte le délai de prescription ? Compte-t-on le premier jour de la possession ? Pourquoi pas ? Qu'est ce que la bonne foi ? Comment se prouve-t-elle ? A quel moment doit elle exister ? Quelle différence existe à ce point de vue avec l'acquisition des fruits par le possesseur ? Qu'est-ce que la suspension de la prescription ? En quoi diffère-t-elle de l'interruption ? Quelles sont les causes de suspension reconnues par la loi ? Peut-on les étendre par voie d'analogie à tous les cas où le titulaire du droit ne peut pas agir ? Que veut dire cette formule *contra non valentem agere non currit præscriptio* ? Combien y a-t-il d'espèces d'interruption ? Quelles sont les causes d'interruption civile ? La citation devant un juge incompétent interrompt-elle la prescription ? Que décider de la citation nulle pour vice de formes ? De quoi résulte l interruption naturelle ? Quel effet produit l'usucapion ? Comment cet effet est-il produit ? Le juge peut-il tenir compte d'office de la prescription ? Pourquoi pas ? Peut-on renoncer à l'usucapion ? A quel moment cette renonciation est-elle possible ? Ne peut elle pas être combattue par certains intéressés ?

***De l'accession.* — Que veut dire la règle *superficies solo cedit* ? Citez quelques applications de cette règle. Lorsqu'on construit avec ses propres matériaux sur le fonds d'autrui, à qui appartient la construction ? Le propriétaire du sol n'a-t-il aucune indemnité à payer au constructeur ? Quelle distinction fait la loi à cet égard ? En définitive, le constructeur de mauvaise foi n'est-il pas mieux traité que celui qui est de bonne foi ? La critique qu'on a adressée sur ce point à la solution du Code est-elle fondée ?

... *De l'usufruit.* — Quelle définition la loi a-t-elle donnée de l'usufruit ? Quels sont les caractères de l'usufruit ? Qu'est-ce que le quasi-usufruit ? Citez des cas d'usufruit établis par la loi. Comment l'usufruitier acquiert les fruits. Quelle distinction faut-il faire entre eux ? En ce qui concerne les bois, le droit de l'usufruitier est-il toujours aussi considérable ? Quel est son droit sur les coupes de bois taillis ? A l'égard des arbres de haute futaie ? Quelle distinction doit être faite en ce qui concerne l'usufruit d'une carrière ? D'une mine ? L'usufruitier peut-il céder son droit ? Est ce bien son droit qu'il cède ou seulement l'exercice de son droit ? Comment se fait il que l'usufruitier soit tenu à des obligations envers le nu-propriétaire puisque ce dernier est titulaire d'un droit réel et non d un droit de créance ? Quelle est l'origine historique des obligations de l'usufruitier ? Quelles obligations incombent à l'usufruitier au début de l'exercice de son droit ? Qu'arriverait-il si l'usufruitier ne dressait pas d'inventaire ? Dans quel but l'usufruitier est il tenu de faire inventaire ? Pourrait-il en être dispensé ? Qu'est-ce à dire que l'usufruitier est tenu de donner caution ? Qu'arriverait il si l'usufruitier ne donnait pas caution ? Que fait-on des meubles dans ce cas ? des immeubles ? Tous les usufruitiers doivent-ils fournir caution ? Y a-t-il des usufruitiers dispensés de plein droit de donner caution ? Pourquoi la loi en a-t-elle dispensé le donateur et le vendeur qui se réservent l'usufruit ? Quelles sont les réparations que la loi impose à l'usufruitier ? Qu'est-ce que les réparations d'entretien ? Qu'est-ce que les grosses réparations ? Pourquoi la loi impose-t-elle à l'usufruitier les réparations d'entretien et non les grosses réparations ? L'usufruitier au cours de sa jouissance, peut-il exiger que le propriétaire fasse les grosses réparations devenues nécessaires ? Si l'usufruitier fait ces grosses réparations pourra-t-il réclamer quelque chose au nu-propriétaire ? Quelles sont les causes d'extinction de l'usufruit ? Quelle est la cause principale et essen-

tielle ? Peut-on convenir que la mort de l'usufruitier ne mettra pas fin à son droit ? Quelle est la durée de l'usufruit établie au profit d'une personne morale ? Peut-on restreindre ce temps ? Peut-on l'augmenter ? Que doit restituer l'usufruitier à la fin de l'usufruit ? Peut-il réclamer une indemnité en raison des améliorations qu'il a faites ? Que décide la jurisprudence en ce qui concerne les constructions ? Cette solution est-elle équitable ? *Quid* en ce qui concerne les grosses réparations ? Pourquoi cette différence avec les constructions ? Pourquoi n'accorder à l'usufruitier que le montant de la plus-value et non le montant exact de la dépense faite ?

*** *Des servitudes réelles.* — Qu'est-ce qu'une servitude réelle ? Quels en sont les éléments constitutifs ? Comment un droit peut-il être établi au profit d'un fonds ? Que veut-on exprimer par là ? Comment une charge peut-elle être imposée à un fonds ? Que veut dire la règle « nemini res sua servit » ? Qu'est-ce que l'on entend par l'indivisibilité de la servitude ? Produit-elle les mêmes conséquences que l'indivisibilité de l'hypothèque ? Qu'est-ce qu'une servitude apparente ? Non apparente ? Quel intérêt pratique présente cette distinction ? Qu'est-ce qu'une servitude continue ? Discontinue ? Quel est le caractère de la servitude d'évier ? Quel intérêt pratique présente cette distinction ? Comment divise-t-on les servitudes au point de vue de leur source ? Quelle servitude découle de la situation des lieux ? Quelle innovation contient la loi de 1898 en ce qui concerne les eaux de sources ? A qui appartiennent les petites sources ? Quand le propriétaire du fonds d'émergence ne peut-il plus détourner l'eau au détriment du fonds inférieur ? quelles conditions sont nécessaires pour que le propriétaire acquière un droit à l'usage de l'eau ? Sur quel fonds les travaux doivent-ils être faits ? Cette question était-elle formellement tranchée par le Code civil ? Comment la jurisprudence l'avait-elle résolue ? Depuis quand est-elle définitivement tranchée ? Qu'est-ce qu'un mur mitoyen ? Quand un mur est-il mitoyen ? Quelles sont les présomptions de mitoyenneté établies par la loi ? Comment peut-on acquérir la mitoyenneté d'un mur ? Cette faculté n'est-elle pas exorbitante ? Comment la justifie-t-on ? Quels droits résultent de la mitoyenneté ? Quelles obligations ? *** Comment s'établissent les servitudes par le fait de l'homme ? Qu'est-ce que le titre ? Lorsque le titre est un acte entre vifs. à quelle condition est-il opposable aux tiers ? La transcription est-elle nécessaire lorsque la servitude est constituée par donation ? D'où vient la difficulté ? Que décide la jurisprudence ? Quelles servitudes s'acquièrent par prescription ? Pourquoi la prescription ne s'applique pas aux servitudes non apparentes ? Pourquoi ne s'applique-t-elle pas aux servitudes discontinues ? Les raisons qu'on donne pour justifier ces solutions sont-elles satisfaisantes ? A quelles contradictions aboutit-on ? Qu'est-ce que la destination du père de famille ? Que suppose ce mode d'acquérir ? Quelles servitudes s'acquièrent par ce procédé ? Quelle opposition existe à cet égard entre l'art. 692 et l'art. 694 ? Comment peut-on les concilier ? Comment s'éteignent les servitudes ? Quelle est la durée de la prescription ? Quelle différence existe entre les servitudes continues et les servitudes discontinues, quant au point de départ de la prescription ?

TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES

DEUXIÈME PARTIE

ORGANISATION DE LA FAMILLE

TITRE PREMIER

LE MARIAGE.

TITRE II

DE LA FILIATION

TITRE III

DE L'ADOPTION.

TITRE IV

OBLIGATION ALIMENTAIRE.

TITRE V

PUISSANCE PATERNELLE.

TROISIÈME PARTIE

PROTECTION DES INCAPABLES.

QUATRIÈME PARTIE

LES BIENS

Imp. J. Thevenot, Saint-Dizier (Haute-Marne).

DROI

RÉS

E

TABLEAUX S